

UNIVERSIDAD DE SALAMANCA

PROGRAMA DE DOCTORADO:

**EL DERECHO PROCESAL ANTE EL SIGLO XXI: NUEVAS
PERSPECTIVAS**

TESIS DOCTORAL:

**MEDIDAS CAUTELARES EN EL PROCESO DE DERECHOS DE
AUTOR**

TUTOR:

LORENZO MATEO BUJOSA VADELL

DOCTORANDO:

CÉSAR IBARRA VALDIVIA

ESPAÑA

2009

A mis padres y hermana

...los poetas de las grandes épocas llamaban inspiración a:
...que “cualquier cosa” se nos revela de pronto a la vista o al oído
–con una indecible precisión, una infante delicadeza que nos
conmueve y trastorna hasta lo más íntimo de nuestro ser-, es la
simple expresión de la realidad exacta.

Friedrich Nietzsche

ÍNDICE

Introducción.....	23
CAPÍTULO I.	
LOS DERECHOS DE AUTOR.....	25
I.- ASPECTOS GENERALES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS DERECHOS DE AUTOR	25
1.- Las ideas	25
2.- Las creaciones y las invenciones	30
2.1.- Las creaciones.....	30
2.2.- Las invenciones.....	31
3.- Derechos de autor y propiedad industrial.....	32
4.- Naturaleza de los derechos de autor.....	35
4.1.- El derecho de autor tiene o no rango fundamental.....	35
4.2.- El derecho de autor es unitario o comprende dos derechos diferentes.....	40
A.- Derechos morales del autor.....	41
B.- Derechos patrimoniales del autor.....	43
5.- Transmisión de los derechos de autor.....	44
6.- Medios de prueba de los derechos de autor y de la Propiedad industrial.....	45
6.1.- Registro General de la Propiedad Intelectual.....	46
6.2.- Símbolos.....	47
6.3.- Patentes.....	47
6.4.- Marcas.....	47
6.5.- El diseño industrial.....	48
6.6.- Otros sistemas de protección.....	49
7.- Marco legal internacional de los derechos de autor.....	50
II.- LAS PRETENSIONES EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL.....	54
1.- Pretensiones de cesación de la actividad infractora (artículo 139 LPI).....	56
1.1.- Suspensión de la explotación ilícita (artículo 139. 1. a LPI).....	58
1.2.- Prohibición de reanudación de la actividad ilícita (artículo 139.1.b. LPI).....	60

1.3.- La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción (artículo 139. 1. c. LPI).....	61
1.4.- La retirada de los circuitos comerciales, la inutilización, y, en caso necesario, la destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos materiales, equipos o instrumentos destinados principalmente a la reproducción, a la creación o fabricación de ejemplares ilícitos (artículo 139. 1. d. LPI).....	63
1.5.- La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones, así como de aquellas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos, en los términos previstos en el artículo 162, o a las que se haya accedido eludiendo su protección tecnológica, en los términos previstos en el artículo 160 (artículo 139. 1. e LPI).....	64
1.6.- El comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos, con cargo al infractor, cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador. Las mismas medidas podrán adoptarse en relación con los dispositivos, productos o componentes para la elusión de medidas tecnológicas a los que se refiere el artículo 160 y para suprimir o alterar la información para la gestión electrónica de derechos a que se refiere el artículo 162 (artículo 139. 1. f LPI).....	66
1.7.- La remoción o el precinto de los instrumentos utilizados para facilitar la supresión o la neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger obras o prestaciones aunque aquélla no fuera su único uso (artículo 139. 1. g LPI).....	68
1.8.- La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (artículo 139. 1. h LPI).....	69
2.- Pretensión de indemnización de daños y perjuicios (artículo 140 LPI).....	70
2.1.- Legitimación activa.....	74
2.1.- Legitimación pasiva.....	74
2.3.- Particularidades de la prueba.....	75
2.4.- Prescripción.....	75

2.5.- Tribunal competente.....	76
3.- Pretensión de publicación de sentencia (artículo 138 LPI).....	76
4.- Prohibición de la actividad infractora antes de su consumación.....	78
5.- La entrega de ejemplares ilícitos y del material a precio de coste; a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios (artículo 139.3 LPI).....	80
6.- Otras pretensiones ejercitables para la protección de los derechos de autor.....	80
6.1.- Pretensiones derivadas del derecho de propiedad.....	83
6.1.1.- Pretensión declarativa de dominio.....	88
A.- Concepto y objeto.....	88
B.- Requisitos.....	90
C.- Legitimación activa.....	90
D.- Título de dominio.....	91
E.- Identificación de la cosa.....	91
F.- Legitimación pasiva.....	92
G.- Situaciones en el ejercicio de la pretensión declarativa de dominio..	92
H.-¿Pretensión meramente declarativa o pretensión reivindicatoria de	
autoría?.....	94
6.1.2.- Pretensión reivindicatoria.....	96
A.- Concepto.....	96
B.- Objeto.....	99
C.- Requisitos de la pretensión reivindicatoria.....	99
D.- Legitimación activa del reivindicante.....	101
E.- Título de dominio.....	103
F.- Carga de la prueba de dominio.....	103
G.- Legitimación pasiva.....	103
H.- Identificación del bien reivindicado.....	104
6.2.- Tercería de dominio.....	106
A.- Naturaleza jurídica de la tercería de dominio.....	110
B.- Competencia.....	112
C.- Procedimiento.....	113
D.- Trámite del incidente de tercería.....	115
D.1.) Presupuestos temporales.....	115
D.2.) Legitimación activa.....	116

D.3.) Legitimación pasiva.....	120
D.4.) Adquisición previa al embargo.....	120
E.- Demanda de tercería de dominio.....	122
E.1.) Requisitos formales de la tercería.....	122
E.2.) Requisitos procesales de la tercería.....	123
F.- Efectos de la admisión a la demanda.....	126
H.-Resolución del incidente de tercería de dominio.....	129
H.1.) Auto estimatorio de la demanda.....	129
H.2.) Auto desestimatorio de la demanda.....	129
6.3.- Pretensiones derivadas de los contratos de derecho de autor.....	130
A.- El contrato de edición.....	130
A.1.) Concepto.....	130
A.2.) Pretensiones de Nulidad y Subsanación de omisiones.....	131
A.3.) Resolución por falta de edición en otros idiomas.....	132
A.4.) Pretensión en caso de incumplimiento de obligaciones...	132
A.5.) Pretensión de Resolución de contrato.....	137
B.- El contrato de representación teatral y ejecución musical	139
B.1.) Concepto.....	139
B.2.) Objeto del contrato.....	140
B.3.) Causa o finalidad del contrato.....	141
B.4.) Obligaciones del autor.....	141
B.5.) Obligaciones del cesionario.....	142
B.6.) Pretensión de resolución de contrato.....	146
6.4.- Los interdictos de recobrar y retener.....	146
A.- Norma vigente.....	146
B.- Objeto de los interdictos.....	146
C.- Diferenciación del interdicto de recobrar y de retener.....	149
D.- Interdicto de recobrar en los derechos de autor.....	150
E.- Interdicto de retener en los derechos de autor.....	151
F.- Diferencia entre los interdictos y la pretensión reivindicatoria.....	152
G.- Requisitos para el interdicto de retener y recobrar.....	152
H.- Legitimación activa.....	154
I.- Legitimación pasiva.....	154
J.- Efectos de la sentencia.....	156

6.5.- Pretensión de enriquecimiento injusto.....	157
6.6.- La pretensión ejecutiva.....	164
A.- Clases de títulos ejecutivos.....	165
B.- Título ejecutivo judicial.....	167
C.- Título ejecutivo extrajudicial o contractual.....	167
D.- Ejecución dineraria.....	168
E.- Las ejecuciones no dinerarias.....	170
F.- Obligaciones de dar cosa distinta a dinero.....	170
G.- Obligaciones de hacer.....	174
H.- Obligaciones de no hacer.....	181

CAPÍTULO II

LA TUTELA CAUTELAR.....	185
I.- TUTELA CAUTELAR Y MEDIDAS CAUTELARES.....	185
1.- Concepto y Denominación.....	185
2.- Finalidad.....	188
2.1.- Finalidad preventiva.....	189
2.2.- Finalidad asegurativa.....	189
3.- Fundamento constitucional de las medidas cautelares.....	194
4.- Autonomía de la tutela cautelar.....	196
5.- Tipo de pretensiones protegidas mediante Tutela Cautelar.....	197
6.- Presupuestos de la Tutela Cautelar.....	199
6.1. La apariencia de buen derecho o <i>fumus boni iuris</i>	200
6.2. Peligro en la demora o <i>periculum in mora</i>	204
7.- Características de la Tutela Cautelar.....	207
7.1. Jurisdiccionalidad.....	208
7.2. Instrumentalidad.....	214
7.3. Provisionalidad.....	216
7.4. Variabilidad.....	217
7.5. Homogeneidad.....	219
7.6. Proporcionalidad.....	220
8.- Clasificación de las medidas cautelares.....	225
II.- CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES.....	231
1.- Medidas Cautelares para futura ejecución forzosa.....	231

2.- Medida Cautelar Anticipatoria.....	233
Confusión entre medida cautelar y tutela sumaria.....	239
3.- Medida Cautelar Inhibitoria	240
4.- Medida Cautelar Innovativa.....	244
5.- Medida Cautelar Genérica.....	251
III.- EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR.....	254
1.- Competencia.....	254
2.- Sujetos del Proceso Cautelar.....	256
2.1.- Solicitante, afectado y juez.....	256
2.2.- Excepción, medida sin oír al ejecutado.....	256
2.3.- Oposición a la medida acordada inaudita parte.....	258
3.- Iniciativa de Parte.....	259
4.- Momento de la solicitud.....	261
A.- Petición de medida antes de la demanda.....	262
B.- Petición de medida cautelar junto con la demanda.....	264
C.- Petición de medida cautelar posterior a la demanda.....	264
5.- Contenido de la solicitud de medida cautelar.....	265
6.- Vista y audiencia en el procedimiento cautelar.....	267
7.- Resolución que dicta la medida cautelar.....	269
8.- Ofrecimiento de caución.....	272
9.- Ejecución de la medida cautelar.....	277
10.- Impugnación de la medida cautelar.....	283
11.- Caución sustitutoria de la medida cautelar.....	284
12.- Caducidad de la medida cautelar.....	285
10.- Extinción de la medida cautelar.....	287

CAPITULO III

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO COMPARADO

I.- MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ALEMÁN.....	289
1.- El <i>Arrest</i>	290
1.1.- Concepto.....	290
1.2.- Clases.....	291
A.- El <i>dinglicher Arrest</i>	291

B.- El <i>persönlicher Arrest</i>	291
1.3.- Presupuestos.....	292
1.4.- Procedimiento.....	294
1.5.- Ejecución del arrest.....	297
1.6.- Alzamiento del arrest.....	298
2.- La <i>Einstweilige Verfügung</i>	299
2.1.- Concepto.....	299
2.2.- Clases.....	300
A.- <i>Sicherungsverfügung</i> o medida de aseguramiento.....	300
B.- <i>Regelungsverfügung</i> o medida de regulación.....	302
C.- <i>Leistungsverfügung</i> o medida de prestación o satisfacción.....	304
D.- La disposición de omisión o <i>Unterlassungsverfügung</i>	309
E.- La <i>einsweilige Anordnung</i>	309
2.3.- Procedimiento.....	310
3.- La pretensión de indemnización de daños ocasionados por la medida cautelar del art. 945 ZPO.....	313

II.- MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

ITALIANO.....	315
1.- Parte general de las medidas cautelares.....	315
2.- Competencia.....	316
3.- Procedimiento.....	316
4.- Medidas cautelares específicas establecidas en el <i>Codici di Procedura Civile</i>	318
4.1.- El <i>sequestro conservativo</i>	318
4.2.- El <i>sequestro giudiziario</i>	320
A.- El <i>sequestro giudiziario</i> de bienes.....	320
B.- El <i>sequestro giudiziario</i> de pruebas.....	321
4.3.- Los <i>provvedimenti nunciativi</i>	322
4.4.- El <i>provvedimento d'urgenza</i>	323
4.5.- Otras medidas cautelares reguladas fuera del CPC.....	324

III.- MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

FRANCES.....	326
1.- Cuestiones generales.....	326

2.- Presupuestos para la adopción <i>de mesure conservatoire</i>	327
3.- Procedimiento de <i>measure conservatoire</i>	328
4.- Medidas previstas en la Ley de 9 de julio de 1991 y en el Decreto de 31 de julio de 1992.....	329
4.1.- La <i>saisie conservatoire</i>	330
A.- <i>Saisie conservatoire</i> de bienes muebles corporales.....	330
B.- <i>Saisie conservatoire</i> de créditos.....	331
4.2.- La <i>saisie-revendication</i>	333
4.3.- <i>Las sûretés judiciares</i>	333
4.4.- <i>Ordonnances de référé, référé-provision</i>	334
A.- El <i>référé-provision</i>	335

IV.- MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO

PERUANO.....	337
1.- Requisitos de la solicitud de medida cautelar.....	337
2.- Presupuestos para dictar la medida cautelar.....	337
3.- Contracautela.....	338
4.- Caso especial de procedencia.....	339
5.- Variabilidad de la medida cautelar.....	339
6.- Procedimiento cautelar.....	340
6.1.- Autonomía del proceso.....	340
6.2.- Medida cautelar antes de iniciar el proceso principal.....	340
6.3.- Resolución de la solicitud cautelar.....	341
6.4.- Ejecución de la medida cautelar.....	341
7.- Medidas cautelares específicas.....	342
7.1.- Medidas para futura ejecución forzosa.....	342
A.- El embargo.....	342
B.- El secuestro.....	343
C.- Ejecución del embargo y el secuestro.....	344
7.2.- Anotación de demanda en los Registros públicos.....	344
7.3.- Medidas temporales sobre el fondo.....	345
7.4.- Medidas innovativas.....	347
A.- Medida innovativa.....	347
B.- Medida innovativa en caso de construcción ruinosa.....	347

7.5.- Medida de no innovar.....	347
V.- MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INGLÉS..	351
1.- Las <i>injunctions</i> en el Derecho inglés.....	351
2.- Clases de <i>injunctions</i>	353
3.- Presupuestos de las <i>injunctions</i>	354
4.- Las <i>Interlocutory injunctions</i>	355
4.1.- Concepto.....	355
4.2.- <i>Presupuestos para adoptar una Interlocutory injunction</i>	355
4.3.- Proceso para adoptar una <i>Interlocutory injunction</i>	356
4.4.- Impugnación de la <i>Interlocutory injunction</i>	358
4.5.- Contenido de la <i>Interlocutory injunction</i>	358
4.6.- Momentos de solicitar la <i>Interlocutory injunction</i>	359
4.7.- <i>Interlocutory injunctions</i> para los derechos de autor.....	360
5.- La <i>Mareva Injunction</i>	360
5.1.- Concepto.....	360
5.2.- Base legal y evolución jurisprudencial.....	361
5.3.- Presupuestos de las <i>Mareva injunctions</i>	363
5.4.- Requisitos de las <i>Mareva injunctions</i>	365
5.5.- Finalidad de una <i>Mareva injunction</i>	366
5.6.- Solicitud de una <i>Mareva injunction</i>	368
5.7.- Impugnación de la <i>Mareva Injunction</i>	369
5.8.- Las <i>Worldwide Mareva injunction</i>	369
6.- Otras medidas del derecho inglés.....	372
6.1.- La <i>Anton Piller Order</i>	372
6.2.- El <i>interim payment</i>	374

CAPÍTULO IV

MEDIDAS CAUTELARES PARA LOS DERECHOS DE AUTOR.....	375
I.- PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR.....	375
II.- JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES.....	376
1.- Jurisdicción en conflictos de Derechos de Autor con elemento extranjero.....	377
2.- Jurisdicción exclusiva para casos del Registro de Propiedad intelectual.....	378

3.- Jurisdicción de Tribunales españoles para pretensiones de origen contractual.....	378
3.1.- Atribución de jurisdicción a Tribunales españoles en pretensiones de origen contractual `por comparecencia de las partes (Sumisión tácita).....	379
3.2.- Determinación de la jurisdicción en virtud del fuero específico previsto para las acciones de base contractual.....	380
3.3.- La atribución de asuntos en virtud del fuero del domicilio del demandado.....	380
4.- Jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de pretensiones de origen extracontractual.....	381
4.1.- La atribución de jurisdicción a los Tribunales españoles en virtud de la sumisión tácita de las partes.....	381
4.2.- La jurisdicción en virtud del fuero específico previsto para las pretensiones extracontractuales.....	381
4.3.- La jurisdicción de los Tribunales españoles en base al domicilio del demandado.....	382
5.- Jurisdicción de los Tribunales españoles establecida por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ)	382
6.- Jurisdicción Internacional de los Tribunales españoles para adoptar Medidas Cautelares respecto a derechos de autor con elemento extranjero.....	383
III .- LA COMPETENCIA GENÉRICA.....	384
IV.- MEDIDAS CAUTELARES REFERIDAS A LOS DERECHOS DE AUTOR...	385
1.- Cautelas en la Ley de Propiedad Intelectual y en la Ley de Enjuiciamiento Civil.....	385
2.- Características de las medidas cautelares en la LPI.....	387
3.- Presupuestos especiales para la adopción de Medidas Cautelares en la Ley de Propiedad Intelectual.....	388
3.1.- Situación jurídica cautelable.....	389
3.2.- Peligro en la demora procesal.....	390
3.3.- Legitimación activa y pasiva.....	391
3.4.- Excepciones oponibles.....	395

V.- MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL...	396
1.- Medida cautelar genérica (artículo 141 LPI).....	398
2.- La intervención y depósito de las cantidades obtenidas por la actividad ilícita o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración (artículo 141.1. LPI)	399
2.1.- La intervención y el depósito de las cantidades obtenidas.....	403
2.2.- La consignación y el depósito de las cantidades debidas.....	407
3.- La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a los efectos de esta Ley, así como la prohibición de estas actividades si todavía no se han puesto en práctica (artículo 141.2 LPI)	410
3.1.- La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda.....	413
3.2.- La prohibición de realizar la actividad infractora de reproducción, distribución y comunicación pública, si todavía no se han puesto en práctica..	421
4.- El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública (artículo 141.3 LPI)....	423
4.1.- Secuestro de ejemplares producidos.....	425
4.2.- Secuestro de ejemplares utilizados.....	426
4.3.- Secuestro del material empleado por el infractor.....	427
5.- El secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes referidos en los artículos 102.c y 160.2 y de los utilizados para la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos en el artículo 162.2 (artículo 141.4 LPI)	428
5.1.- Secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes referidos a Programas de ordenador (art. 102.c LPI)	429
5.2.- Secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes que deshabiliten medidas tecnológicas de protección (art. 160. 2 LPI).....	430
5.3.- Secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes utilizados para la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos en el artículo 162.2 LPI.....	431
6.- El embargo de los equipos, aparatos y soportes materiales a los que se refiere el artículo 25, que quedarán afectos al pago de la compensación reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios (artículo 141.5 LPI).....	432

7.- La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (artículo 141.6 LPI).....436

VI.- MEDIDAS CAUTELARES ESTABLECIDAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, REFERIDAS A LOS DERECHOS DE AUTOR.....441

1.- El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos

Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado (artículo 727.1 LEC).....445

Embargo preventivo subsidiario para el evento de imposibilidad de ejecución de la medida más específica decretada.....449

2.- La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo (artículo 727. 7 LEC).....450

2.1.- Cesación provisional de la actividad.....454

2.2.- Abstención temporal de llevar a cabo una conducta.....455

2.3.- Prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.....456

2.4.- Ejecución de las medidas de órdenes de cesación o abstención de temporales de ciertas conductas.....457

3.- La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual (artículo 727. 8 LEC).....459

3.1.- La intervención o depósito de los ingresos obtenidos mediante la actividad ilícita.459

3.2.- La consignación o depósito de las cantidades que se reclamen por concepto de remuneración.....461

4.- El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción (artículo 727. 9 LEC).....	462
4.1.- Depósito temporal de ejemplares producidos.....	464
4.2.- Depósito temporal del material utilizado para la producción de los ejemplares.....	465
5.- Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio (artículo 727. 11 LEC).....	465
VII.- MEDIDAS CAUTELARES DE OTRAS PRETENSIONES NECESARIAS PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR.....	467
1.- Pretensión declarativa de dominio.....	468
A.- La Anotación Preventiva de demanda.....	468
A.1) Iniciativa de parte.....	471
A.2) Presupuestos de <i>fumus boni iuris</i> y <i>periculum in mora</i>	471
A.3) Expedición y ejecución de la resolución que adopta la anotación.....	473
B.- El depósito de la obra.....	474
C.- El embargo preventivo para indemnización de daños y perjuicios.....	475
2.- Pretensión reivindicatoria.....	476
A.- Depósito de la obra artística.....	476
B.- Embargo preventivo.....	476
3.- La tercería de dominio.....	477
4.- Las pretensiones derivadas de los distintos contratos relacionados con derechos de autor.....	478
5.1.- Nulidad del Contrato.....	478
A.- Anotación preventiva de demanda.....	478
B.- Embargo preventivo.....	479
5.2.- Incumplimiento en el pago de la remuneración.....	479
Embargo preventivo.....	480
5.3.- Incumplimiento de las obligaciones del artista.....	480
Embargo preventivo.....	481
5.- Los interdictos de retener o recobrar.....	481

6.1.- Interdicto de recobrar.....	481
A.- Depósito de la obra artística.....	481
B.- Embargo preventivo.....	482
6.2.- Interdicto de retener.....	482
A.- Medida Cautelar Genérica solicitando el cese de los actos de perturbación.....	482
B.- Embargo preventivo.....	483
6.- La pretensión de enriquecimiento injusto.....	483
A.- La intervención y depósito de las cantidades obtenidas por la actividad ilícita.....	483
B.- El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública.....	483
C.- Embargo preventivo.....	484
7.- La pretensión ejecutiva.....	484
7.1.- La Ejecución Dineraria.....	484
7.1.1.- Ejecución dineraria de Títulos judiciales.....	485
7.1.2.- Ejecución dineraria de Títulos extrajudiciales.....	486
A.- Embargo ejecutivo.....	486
7.2.- Las Ejecuciones No Dinerarias. Ejecución de hacer, no hacer o entregar cosa distinta a cantidad de dinero.....	487
A.- Anotación preventiva.....	489
B.- Depósito.....	489
C.- Prohibición de enajenar la cosa litigiosa.....	490
D.- El embargo preventivo.....	491
 CONCLUSIONES.....	 498
 BIBLIOGRAFÍA.....	 501
 JURISPRUDENCIA.....	 522

ABREVIATURAS

AAP	Auto de Audiencia Provincial
AC	Aranzadi Civil - Base de datos de jurisprudencia Aranzandi
ADPIC	Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de Propiedad Intelectual
AP	Audiencia Provincial
Art., Arts.	Artículo, Artículos
BIRPI	Buró Internacional Unido para la Protección de la Propiedad Intelectual
BOE	Boletín Oficial del Estado
BDPCGPJ	Base de Datos Publicaciones Consejo General del Poder Judicial
CC	Código Civil
CD	Disco Compacto, en inglés Compact Disc
CE	Constitución Española
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CPCp	Código Procesal Civil peruano
CPC	<i>Códice Procesuale Civile italiano</i>
La Ley	Revista Jurídica Española La Ley
LCD	Ley de Competencia Desleal
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LH	Ley de Hipotecas
LM	Ley de Marcas
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial
LOTC	Ley Orgánica del Tribunal Constitucional
LPI	Ley de Propiedad Intelectual
LPa	Ley de Patentes
Núm.	Número
OMC	Organización Mundial del Comercio
OMPI	Organización Mundial de la Propiedad Intelectual
ONU	Organización de las Naciones Unidas
Pag., Pags.	Página, Páginas.
Párr.	Párrafo
RCDI	Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
RD	Revista de Derecho

RDJ	Revista de Derecho Judicial
RDM	Revista de Derecho Mercantil
RDN	Revista Derecho de los Negocios
RGD	Revista General de Derecho
RGLJ	Revista General de Legislación y Jurisprudencia
RJ	Repertorio de Jurisprudencia
RJA	Repertorio Cronológico de Jurisprudencia Aranzadi
RJC	Revista Jurídica de Cataluña
RPJ	Revista del Poder Judicial
SAP	Sentencia de Audiencia Provincial
SGAE	Sociedad General de Autores y Editores
Sgts.	Siguientes
SS	Sentencias
STC	Sentencia de Tribunal Constitucional
STS	Sentencia de Tribunal Supremo
STSJ	Sentencia del Tribunal Superior de Justicia
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
UE	Unión Europea

INTRODUCCIÓN

En la actualidad los derechos de autor se han globalizado, los encontramos dispersos en casi todas las cosas que vemos a diario. La capacidad creativa del hombre se ve reflejada en obras artísticas, como los libros, películas, música, etc. Quienes crean estas obras, es decir los autores, provienen de diferentes partes del mundo, con distintas nacionalidades, y sus obras van traspasando fronteras, culturas e idiomas, con el objeto de ser comercializadas en todo lugar.

Dado que los derechos de autor están dispersos a lo largo del mundo y se encuentran al alcance de todos, es que son unos derechos “frágiles” en el sentido de que pueden ser violados y usurpados por una pluralidad de personas y muchas veces de manera simultánea, además los daños y perjuicios ocasionados por su utilización inconsentida se agravarán por la circunstancia de que la infracción se prolongará indefinidamente en el tiempo. Los derechos de autor tienen características muy especiales, por ello los instrumentos de tutela tuvieron que adaptarse a estos derechos con el fin de protegerlos. Esto ha determinado que el ordenamiento jurídico tenga que proteger los derechos de autor mediante instrumentos de tutela que busquen no sólo la restitución de la titularidad del derecho a su autor, evitando que continúe la infracción, sino que en casos concretos ha extendido la protección a un momento anterior de la consumación de la infracción.

Es por ello que la tutela fundamental para proteger de manera eficaz los derechos de autor son las medidas cautelares, convirtiéndose en el instrumento ideal para su defensa plena.

Sabemos que el proceso tiene una dimensión temporal, es necesario llevar a cabo una serie de etapas, consumiendo una cantidad de tiempo considerable hasta que se otorgue la tutela solicitada. Podría darse el caso que la resolución final del proceso no pueda ejecutarse en la realidad, puesto que el transcurso del tiempo ha modificado la situación en la que se encontraban las cosas. Precisamente para evitar que las resoluciones judiciales se vuelvan inejecutables, y dada la urgencia que reclaman

derechos especiales como los derechos de autor es de especial utilidad la figura procesal de la tutela cautelar.

Las medidas cautelares específicas para la protección de los derechos de autor se encuentran establecidas en la Ley de Propiedad Intelectual, por ello es necesario realizar un estudio de esta norma, siempre concordándolo con lo establecido para el procedimiento y las normas generales establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Asimismo la presente investigación comprende el análisis doctrinal tanto de las medidas cautelares como de los derechos de autor y también los casos específicos que constituyen jurisprudencia.

Estudiaremos que dada la naturaleza especial de los derechos de autor, las medidas cautelares más adecuadas para otorgar una eficaz protección, son aquellas que contienen una orden de “cesación de la actividad infractora” o de “prohibición de iniciar la actividad ilícita”. El objeto de estas medidas es evitar que la vulneración de estos derechos continúe en el tiempo, o impedir que se dé inicio a la infracción cuando ésta aún no se ha comenzado, respectivamente.

Todos estos contenidos se analizarán en profundidad a lo largo del presente estudio, llegando a conclusiones claras que ayudarán a entender la importancia determinante que tienen las medidas cautelares en la práctica, con el objeto de proteger los derechos de autor.

CAPÍTULO I

LOS DERECHOS DE AUTOR

I.- ASPECTOS GENERALES DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL Y LOS DERECHOS DE AUTOR

Para entender los derechos de autor, es necesario desde el inicio tener claro el concepto de idea, saber su significado y alcances, para posteriormente diferenciarlo de los conceptos de creación e invención. Si bien es cierto el presente es un estudio enmarcado en el ámbito del Derecho Procesal, creemos conveniente realizar un pequeño e introductorio análisis de estos conceptos, y de lo que significan los derechos de autor. Es decir que es un ineludible paso previo el estudiar en forma genérica la propiedad intelectual y los derechos de autor. Más adelante nos ocuparemos de estudiar desde la perspectiva del Derecho procesal estas materias.

1.- Las ideas

Las ideas en sentido puro no son apropiables, tienen el privilegio de vagar libres en el universo del pensamiento.¹ Es decir la imaginación o inspiración de una persona en principio es un concepto abstracto, no puede ser objeto del derecho de propiedad, puesto que sólo es una idea, y no una cosa material.

Una idea es algo inmaterial, cuando una persona convierta una idea en algo aprehensible o comprensible para los demás, en algo susceptible de atraer el sentido estético de las personas, de solucionar un problema técnico, de aportar una mejora en la relación del ser con su entorno, o de todo ello a la vez, aquella persona tendrá en sus manos un objeto valioso; y ese valor tiene dos aspectos: a) Uno personal, consistente en

¹ SOL MONTAÑOLA, Mario A., *La Protección de las Ideas (Cómo proteger una creación, diseño, denominación, invento o iniciativa empresarial)*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1997, pag. 9.

la titularidad y reconocimiento que el autor buscará en los demás; y b) Uno patrimonial, resultante del rendimiento económico que pueda extraerse, de esa creación o invento aparecido *ex novo* en el mundo.

Estos valores hacen que las ideas sean capaces de transformarse en una obra, objetos que reclaman una protección. Es decir que cuando una persona materializa su idea, ésta se convierte en una obra, y es precisamente esa obra la que debe ser protegida por el orden jurídico.²

Entonces en principio debe quedar claro que para la protección de una idea, el ordenamiento jurídico exige el requisito de la exteriorización y plasmación en una realidad concreta, razón por la cual la idea como tal no es protegible a través de ninguno de los sistemas legales especialmente establecidos; sino que lo que se protege es el resultado, es decir la obra. El resultado de esta creación es una obra nueva para el mundo. Debemos subrayar, que la idea como representación mental no basta, ésta debe plasmarse en algo material que sea objetivamente independiente del individuo. Entre la concepción y la producción está la diferencia entre la idea y la obra. La idea es el origen de la creación o del invento, y su exteriorización o conversión en algo aprehensible para el ser humano, es el vehículo para su apropiabilidad. La exteriorización implica la utilización de un bien material para que la creación o el invento sean accesibles a las demás personas (por ejemplo: el lienzo de una pintura, el celuloide de la película, el CD de la obra musical, la madera del diseño de una silla, el metal de un nuevo mecanismo, el silicio de un microchip, etc.)

Desde el punto de vista legal, debemos entender que el acto de crear una obra, significa plasmar en una forma exterior una obra original, en parte o en todo, perceptible por los sentidos, hasta hoy, por el tacto, vista u oído; mañana, quizá, también por el olfato y gusto, para el caso de los perfumes, sabores y fragancias. Se considera esencialmente creativo al aporte de originalidad objetiva que tenga dicha obra. Pero sólo se entenderá creada una obra, a la luz de la ley, siempre que haya sido exteriorizada su

² AMAT LLARI, Eulalia, “La protección de las ideas en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Derecho de los Negocios*, Nro. 54, marzo 1994.

forma, aunque esté incompleta, el art. 10 LPI señala que deberá ser expresada por cualquier medio o soporte.³

Las centenarias STS de 25 de abril de 1900 (caso Tabacalera I)⁴ y de 18 de noviembre 1903 (caso Tabacalera II)⁵ ya recogían la exteriorización como presupuesto básico e indispensable para la protección de los bienes inmateriales. Por su parte la SAP de Santander de 3 de Noviembre de 1992 (caso Mural Cerámico)⁶ refleja con precisión la distinción entre lo inmaterial y lo material. Lo inmaterial es una idea, de lo cual nadie puede atribuirse legalmente su autoría, y otra cosa distinta es la obra en la que se ha expresado o plasmado una idea. Una vez que la obra existe por sí misma, es decir, que ha dejado de ser una idea para constituirse en una cosa real, puede ser separada de su creador y tratada independientemente de él, precisamente por esta razón es que son necesarias normas jurídicas para su protección.⁷

Puede darse el caso de que quien tenga una idea la divulgue, comparta o la comunique a otras personas, pero la idea no tiene una forma concreta, sólo es un proyecto, un esbozo, un plan con algunas directrices de lo que será o podría ser. Este es un supuesto muy conflictivo, puesto que quien originariamente ha tenido la idea, ha tenido que invertir mucho de su tiempo y esfuerzo, sin que la ley, pueda proporcionarle instrumentos concretos para la protección de ese “embrión” de su posible futura obra.⁸ Es decir que debemos tener muy claro, que la mera concepción de la obra, como el suministro de instrucciones para su ejecución, por detalladas que sean, a un autor en un

³ RODRÍGUEZ TAPIA, José, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido Real Decreto Legislativo 1/1996. de 12 de abril*, (director José Miguel Rodríguez Tapia), Thomson Civitas, Pamplona, 2007, pag. 42.

⁴ STS de 25 de abril de 1900, Sala 1ª de lo Civil (caso Tabacalera I), Col. Leg. Nro. 105. Esta sentencia se refiere a la exteriorización o plasmación de las ideas en un bien de la siguiente forma: CONSIDERANDO [...] que para que las ideas puedan constituir una propiedad particular a la que sean aplicables las disposiciones que regulan el dominio, es menester que concurren circunstancias especiales [...] sin que fuera de ellas sea de estimar la apropiación de ideas, ya que por su propia naturaleza, cuando no concurren determinados requisitos, no se puede conceptuar que ninguna sea derivación exclusiva de un solo entendimiento, consistiendo en esto la razón de la ley [...].

⁵ STS de 18 de noviembre 1903, Sala 1ª de lo Civil (caso Tabacalera II), Col. Leg., Nro. 116.

⁶ SAP de Santander de 3 de Noviembre de 1992 (caso Mural Cerámico), RGDP, pag. 4140.

⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Bienes de la personalidad y derecho moral del autor”, *En torno a los derechos morales de los creadores*, Colección de Propiedad Intelectual, Aisge- REUS, Madrid, 2003, pag. 101; LETE DEL RIO, José Manuel, *Derecho de la Persona*, Tecnos, Madrid, 1996, pag. 249; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, Edersa, tomo V., vol. 4º-1 A, pag. 33; ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria: (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la concentración)*, Comares, Granada, 1994, pag. 14.

⁸ SOL MUNTAÑOLA, Mario A., *La Protección...op.cit*, pag. 12.

encargo de una obra futura, no constituyen, a efectos del artículo 1 LPI ni convierten en autor al ocurrente, al pensador o al comitente. Hace falta escribir, recitar, cantar, pintar, esculpir algo original para estar creando o expresando lo creado, que es el único medio probatorio que tiene la Ley para atribuir y descartar autorías.⁹

Asimismo, el tratadista BELTRÁN DE HEREDIA, hace la diferencia entre el ingenio del artista y el producto de este ingenio plasmado en la obra artística, y señala lo siguiente: “Quedan excluidos de la relación –de los derechos de la personalidad- los llamados “derechos morales de autor”, o de propiedad literaria o artística, o simplemente intelectual...; los derechos de autor, en sus diversas manifestaciones, implican una exteriorización que no afecta al ingenio en sí, ni a la posibilidad o libertad de su actuación, sino a sus expresiones concretas. Suponen una creación que, como la literaria o la artística, sale fuera de nuestro ser personal”.¹⁰ En el mismo sentido, LACRUZ señala lo siguiente: “No constituye... el derecho complejo de propiedad intelectual, un derecho de la personalidad; éstos son insusceptibles de tráfico (confesable), y muestran una marcada resistencia a objetivarse frente al sujeto portador, de cuyo ser son elemento informativo y constitutivo. ¿Cómo conceptualizar, pues, esa faceta personal del derecho de autor? Para mí, la propiedad intelectual, frente al derecho de la personalidad, supone no una connotación del individuo, sino una “extrinsecación” de su pensamiento y/o de su arte; una exteriorización que se realiza posiblemente por medio de un *corpus mechanicum*, como si el autor consigna su obra en unas cuartillas manuscritas o mecanografiadas, o bien a través del gesto y/o el sonido... que se filman; en cualquier caso, queda algo que existe con independencia de la persona: un *corpus* que, a su vez, no es la prestación misma intelectual o artística, sino su vehículo... La persona, una vez que ha producido la obra intelectual y cuando tal obra es, ya, un ente autónomo, no se ha despojado de nada, no ha disminuido en nada su esfera individual, que persiste sin cambios. Si, en el reino de la materia, nada se crea y nada se pierde, en el del espíritu, en continuo enriquecimiento –*perpetuum mobile*-, no ocurre así. Y si, según el tópico orteguiano, el preopinante es él y su circunstancia, en nuestro caso el actor, con cada obra intelectual que saca a la luz, no incorpora algo a su persona, sino que acrece su circunstancia; es decir: cada obra supone una proyección adicional de la

⁹ RODRÍGUEZ TAPIA, José, *Comentarios a la Ley de...* op.cit. pag. 42.

¹⁰ BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, José, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Madrid, 1976, pag. 55.

subjetividad, que no es parte de tal subjetividad, mas existe como procedente de ella...”¹¹

El sujeto capaz de crear o de inventar, además de “tener la idea”, es decir concebir la creación o el invento, deberá ser capaz de exteriorizarla, de darle forma y hacerla perceptible para los demás. Como observa Carolina Carreau: “La tarea de concebir, meditar, pensar y trabajar es lo que produce la obra y legitima el derecho del creador o inventor a ser protegido frente a los demás”¹², y en el mismo sentido Henry Desbois se expresa diciendo que “la creatividad y la inventiva es la facultad para efectuar una ‘composición’ a partir de la idea”.¹³

La creación de una obra es lo único que atribuye la propiedad intelectual a una persona. En eso concuerdan el artículo 428 del código civil y el artículo 1 de la LPI.¹⁴ Potencialmente todo ser humano está preparado para crear, tanto de forma intelectual como física, es decir que un hombre puede producir en cualquier momento una obra, esta condición humana fue la que permitió al Tribunal Supremo en su sentencia de 9 de diciembre de 1985 (caso Pablo Serrano II)¹⁵, diferenciar el derecho a crear del derecho a lo creado, considerando que la Constitución española consagraba como fundamental el derecho a crear y producir, mientras que el derecho a lo creado y producido debía remitirse a las leyes ordinarias.¹⁶ Además, a este respecto, es interesante la STS de 30 de mayo de 1989 (caso Video – Club Queen)¹⁷, que en su considerando sexto recoge la problemática, determinando que la regulación del derecho de autor se realiza mediante ley ordinaria.

Otro punto importante a saber, es que la Ley protege sólo algunas de las creaciones e invenciones; puesto que existen muchas que no son consideradas como

¹¹ LACRUZ BERDEJO, José Luis, “Prólogo” al libro de BONDÍA ROMÁN *Propiedad intelectual. Su significado en la sociedad de la información*. Madrid, 1988, pags, 11 y 12.

¹² CARREAU, Carolina, *Mérite et droit d’auteur*, LGDJ, París 1981, pag. 53.

¹³ DESBOIS, Henri, *Le droit d’auteur en France*, Toulouse, 1966, pag. 27.

¹⁴ RODRÍGUEZ TAPIA, José, *Comentarios a la Ley de...op.cit.* pag. 41.

¹⁵ STS de 9 de diciembre de 1985, Sala 1.ª de lo Civil (caso Pablo Serrano II), Col. Leg. Nro. 747.

¹⁶ OLLERO TASSARA, Andrés, “Derecho de autor y propiedad intelectual, apuntes para un debate”, *Poder Judicial*, Nro. 11, septiembre de 1988; OTERO LASTRES, José Manuel, “La protección constitucional del derecho de autor: análisis del artículo 20.1.b) CE”, *La Ley*, tomo 2, 1986.

¹⁷ STS de la Sala 2ª de 30 de mayo de 1989, Sala 2.ª de lo Penal (caso Video – Club Queen), RAJ, Nro. 4990.

tales por la ley. La STS de 7 de junio de 1995 (caso Cuadernos Rubio)¹⁸ recoge este matiz al señalar que “no significa que... todo lo reproducido... se convierten automáticamente en `obras`...”. Es preciso que la misma observe los requisitos del concepto genérico de obra, concepto éste que viene enmarcado fundamentalmente por la idea de originalidad.¹⁹ El concepto de originalidad depende si se trata de una creación o una invención, lo cual analizaremos a continuación.

2.- Las creaciones y las invenciones

Estas ideas nuevas al expresarse en el mundo real se materializan en obras; estas obras llegan a constituir dos resultados muy diferentes, unas son las creaciones y otras son las invenciones. Ahora estudiaremos cada una de ellas por separado, con el objeto de distinguirlas claramente:

2.1.- Las creaciones, responden a una capacidad creativa del sujeto, y el resultado u objeto debe tener originalidad. La creatividad y originalidad son características que se predicen de los bienes inmateriales, dígame “obras”, que se dirigen esencialmente a un sentido estético, de belleza y a las artes.

La creatividad es el esfuerzo intelectual del autor para expresar y exteriorizar una idea. La originalidad se deduce de la particular composición de la creación y la composición es la personalísima interpretación que el creador efectúa de su idea. Por ejemplo, una nueva versión cinematográfica de la aventura de Colón.

La preocupación por identificar los anteriores conceptos late en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, puesto que trata de definir y distinguir la creatividad y originalidad, dando diferentes denominaciones sea como “personalidad artística” en la STS de 4 de abril de 1946 (caso Imágenes Religiosas)²⁰, refiriéndose a la “imaginación creativa” en la STS de 20 de febrero de 1992 (caso Enciclopedia de Zamora)²¹. Intenta

¹⁸ La STS de 7 de junio de 1995, Sala 1ª de lo Civil (caso Cuadernos Rubio), RAJ, Nro. 4628.

¹⁹ SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y Sujeto del derecho de autor*, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, pag. 49; y SOL MUNTAÑOLA, Mario A., *La Protección... op.cit.* pag. 14.

²⁰ STS de 4 de abril de 1946, Sala 2ª de lo Penal (caso Imágenes Religiosas), RAJ, Nro. 466.

²¹ STS de 20 de febrero de 1992, Sala 1ª de lo Civil (caso Enciclopedia de Zamora), RAJ, Nro. 1329.

además realizar una compleja distinción entre la “originalidad subjetiva y objetiva” por la STS de 26 de Octubre de 1992 (caso Orfebrería)²², señalando que en sentido subjetivo se entiende que la obra es original cuando refleja la personalidad del autor, y desde el punto de vista objetivo considera la “originalidad” como “creación objetiva”, es decir una nueva obra.²³

El Tribunal Supremo recoge la distinción entre el “producto de las facultades mentales del hombre, frente al mero trabajo de los sentidos” en la interesante STS de 7 de junio de 1995 (caso Cuadernos Rubio), señalando que la obra para que sea protegida debe ser el producto de la inteligencia y el ingenio del autor. De la misma forma, la SAP de Murcia de 9 de diciembre de 1993 (caso Naipes)²⁴, entre otras, se pronuncia afirmando que existe originalidad, cuando a pesar de que se base en un estilo concreto preexistente, en la obra se introduzcan “elementos originales e inéditos”, es decir nuevos, utilizados por primera vez sin ser únicos.

2.2.- Las invenciones, responden a la capacidad inventiva del sujeto, y la obra resultante debe constituir una novedad. Inventiva y novedad son características de aquellos objetos que se considerarán como industriales, puesto que tienen una utilidad práctica.

La inventiva es la capacidad de un sujeto llamado inventor, para poner en práctica una idea. Es el esfuerzo intelectual para resolver un problema técnico que no se ha conseguido resolver antes. La novedad se reputa de aquello hasta entonces desconocido. Por ejemplo, una nueva forma de desalinizar el agua de mar.

Para que el Derecho considere a una invención como industrial, supone que la cosa o el bien resultado de esa actividad inventiva, sea una novedad más o menos absoluta, desconocida hasta ese momento, e implique un progreso tecnológico. En lo industrial, el creador pone a su disposición de los demás su obra, su creación no acaba

²² STS de 26 de Octubre de 1992, Sala 1ª de lo Civil (caso Orfebrería), RAJ, Nro. 8286.

²³ OROZCO PARDO, Guillermo, “Acerca de la protección de las ideas por el derecho de autor. A propósito de la STS de 20 de febrero de 1992”, *Actualidad Civil*, Nro. 12/22, marzo de 1993.

²⁴ SAP de Murcia de 9 de diciembre de 1993 (caso Naipes), RGDP 93, Nro. 599, pag.13.

en sí misma sino que va dirigida a otro fin, a su puesta en práctica, a su utilización en definitiva.²⁵

3.- Derechos de autor y Propiedad industrial

Debemos diferenciar las creaciones de las invenciones, como es evidente cada una de estas obras es diferente, por lo tanto es necesario que se le apliquen legislaciones distintas, con el objeto de brindarles una protección más eficaz y específica en cada caso. Para realizar esta distinción se debe aplicar el “Criterio Objetivo Diferenciador del Régimen Legal”²⁶, el cual aplicaremos en función al contenido y a la finalidad de la obra:

a) Si el contenido es original, y esencialmente estético y artístico, y su finalidad se encuentra en la creación misma, estaremos ante una obra que deberá ser tutelada eminentemente por la Ley de Derechos de Autor.

b) Si el contenido es novedoso, funcional o instrumental, y su finalidad desborda la obra, nos hallaremos ante una obra tutelable por alguna de las diversas Leyes de Propiedad Industrial²⁷ (Patentes, Marcas, Denominaciones de Origen, Topografías de Productos Semiconductores, Obtenciones Vegetales, etc.)²⁸. Sobre la distinción entre lo estético y lo industrial, la STS de 25 de octubre de 1941 (caso La Gran Vía)²⁹ propone

²⁵ BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, “Algunas indicaciones sobre la naturaleza jurídica de la propiedad industrial”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XIII, 1962.

²⁶ SOL MUNTAÑOL, Mario A., *La Protección ...op.cit.*, pag. 15 y 16.

²⁷ LOPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Las denominaciones de origen*, Cedecs, Barcelona, 1ª ed. marzo 1996, pag. 23.

²⁸ Las Leyes en concreto vigentes son: Ley 11/1986, de 20 de marzo, Ley de Patentes de Invención y Modelos de utilidad; Ley 17/2001, de 7 de diciembre, Ley de Marcas; Ley 25/1970, de 25 de diciembre, Régimen de las denominaciones de origen, genéricas y específicas; Ley 11/1988, de 3 de mayo, Ley de protección jurídica de las topografías de los productos semiconductores; Ley 3/2000, de 7 de enero, de régimen jurídico de la protección de las obtenciones vegetales.

²⁹ STS de 25 de octubre de 1941, Sala 1.ª de lo Civil (caso La Gran Vía), RAJ, Nro. 1092. Esta sentencia respecto a la diferencia entre lo estético de lo industrial señala: CONSIDERANDO: [...] En la técnica de las leyes españolas no se ha precisado con caracteres definidos, la distinción hoy aceptada por la doctrina, entre los derechos que suponen la proyección de la personalidad sobre las cosas del mundo exterior y aquellos otros que recaen sobre bienes inmateriales y que, en unos casos presuponen una creación espiritual [...] por sí misma constitutiva de un valor –el derecho de autor en sus diversas modalidades- y otras la tienen, como signo distintivo en relación en una persona o cosa –derecho al nombre, derecho de marcas y patentes-, es innegable, sin embargo, que los ordenamientos patrios, por imposición acaso de la idea matriz, latente en el fondo de esa distinción, han cuidado de señalar su más señera consecuencia; y así en relación con la propiedad intelectual, el Código Civil ha consignado sus principios fundamentales

la solución para poderlas diferenciar claramente.

En la legislación española, se ha cometido la equivocación de denominar a los derechos de autor como propiedad intelectual, nosotros debemos evitar este erróneo, clásico e histórico distingo entre propiedad intelectual y propiedad industrial; puesto que *strictu sensu* ambas propiedades son intelectuales, dado que provienen del intelecto e ingenio del hombre, ambas son el resultado de lo que alguna vez fue una idea.

Es necesario mencionar aquí la cuestión terminológica, ya que conduce a numerosos errores y contribuye al desorden y al desconocimiento de esta materia. España, desde Ley de Propiedad Intelectual de 1879, es el único país que para diferenciar los derechos de autor de los derechos de propiedad industrial, efectúa la distinción entre propiedad intelectual y propiedad industrial. Denominación recogida por el CC de 1889 y ratificada por la Constitución de 1978. Con la Ley de Propiedad Intelectual de 1987 se perdió una buena oportunidad de adecuar nuestra terminología a la internacionalmente aceptada. Es por ello que el presente estudio se refiere a la protección de los derechos de autor, con la finalidad de ser específicos y de enmarcar claramente nuestra investigación.

La opinión aquí expresada no es ajena a la jurisprudencia española. Entre muchas, la STS de 23 de mayo de 1975 (caso Taberera del puerto)³⁰ consideraba que el término “propiedad intelectual” era desafortunado en su empleo genérico para una Ley que regulaba los “derechos de autor”. En el mismo sentido se pronunciaban las sentencias STS de 30 de mayo de 1989 (caso Vídeo-Club Queen), que se refiere “... al mal denominado derecho de propiedad intelectual...” De 169 países examinados tan solo España, Filipinas, Burundi, Sri Lanka, Bolivia y Chile denominan a los derechos de autor como propiedad intelectual. En los restantes 163 países las leyes correspondientes

en el título que se ocupa, según su rúbrica, de algunas de las propiedades especiales, declarando, además en el artículo 429, uno de los dos dedicados al régimen de la intelectual, que a la norma específica ha de estarse para determinar las personas a quienes corresponde el derecho, la forma de su ejercicio y el tiempo de su duración, no teniendo el Código fundamental en esa materia otro valor que el puramente supletorio para los casos que la norma específica no haya previsto ni resuelto; lo que permite concluir que ni es cierto que la propiedad intelectual tenga la misma naturaleza y alcance jurídico que los demás, ni es acertado tampoco, como se pretendió en la demanda, asimilar totalmente la situación jurídica en que respecto a una obra literario-musical se encuentran los autores de letra y música, con la que, por virtud de una relación de condominio se crea entre los dueños proindiviso de la cosas o derecho común [...].

³⁰ STS de 23 de mayo de 1975, Sala 1ª de lo Civil (caso Taberera del puerto) Col. Leg., Nro.824.

toman mayoritariamente la denominación de “Ley sobre los derechos de autor” o “Ley sobre la propiedad literaria y artística”, en menor medida “Ley relativa a obras artísticas e intelectuales”, y otros “Ley de protección de obras del espíritu” o nombres parecidos.³¹

La precisión de la ley es una premisa fundamental para el buen funcionamiento de un ordenamiento jurídico, más aún cuando este ordenamiento jurídico se encuentra fundamentado en la codificación legal, como es nuestro caso. El *nomen iuris* de un derecho, en realidad no es algo de importancia vital, pero el uso del término “propiedad intelectual” para una Ley que debería llamarse “de derechos de autor” o “de propiedad artística”, puede inducir a error, puesto que se amplía en exceso la esfera de protección para la que fue concebida desde un inicio.

Hoy día la ley española vigente de la Propiedad Intelectual, Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 1/1996 del 12 de abril, no sólo protege los derechos de autor sino también otros derechos que de una u otra forma se encuentran relacionados: los llamados derechos conexos. Éstos no deben ser confundidos, sino por el contrario su distinción hará más sencillo el entendimiento del derecho de autor principal, que es el que nos interesa desde el inicio. Estos derechos conexos, constituyen determinados derechos de artistas intérpretes, ejecutantes, productoras, emisoras, etc., quienes tienen derechos sobre el resultado de su trabajo, muy próximo al del autor. Es decir que a los efectos del art. 1 LPI, la creación de una obra, no puede confundirse con las aportaciones creativas que un artista o intérprete puedan efectuar cuando ejecuta, interpreta, recita una obra protegida por la ley. Esta afirmación no resta valor creativo alguno a los que interpretan o ejecutan obras, propias o ajenas. Pero éstas gozan de otro tipo de protección dentro de la LPI. Tampoco puede confundirse la creación con el término francés *création*, que significa estreno o divulgación, puesto que son acciones totalmente diferentes al momento de la concepción de una obra.³²

³¹ SOL MONTAÑOLA, Mario A. *La Protección...* op.cit., pag. 19; YZQUIERDO TOLSADO, Mariano, “Evolución histórica del derecho de propiedad intelectual”, *RGLJ*, tomo XCVI, 2ª época Nro. 4, abril 1988.

³² RODRÍGUEZ TAPIA, José, *Comentarios a la Ley de...* op.cit. pag. 43.

4.- Naturaleza de los Derechos de Autor

En principio para comprender adecuadamente los medios de defensa que la LPI pone a disposición del titular de un derecho o facultad reconocido en su texto, es preciso referirnos, aunque sea muy sucintamente, a la naturaleza de los derechos de autor, entendiendo esta expresión en su acepción estricta, esto es, como el conjunto de facultades reconocidas al creador de la obra artística.

Al respecto, son dos los extremos en que tal naturaleza es discutida en la doctrina de los estudiosos del derecho, en primer término, se discute si el derecho de autor tiene o no el rango de derecho fundamental; y en segundo lugar, se debate si es un derecho unitario, o si por el contrario, comprende en realidad, dos derechos diferenciados.

4.1.- El derecho de autor tiene o no rango de derecho fundamental:

En cuanto al primer extremo, la mención contenida en el art. 20.1 b) de la Constitución Española enmarcado en la Sección relativa a los derechos fundamentales y libertades públicas, al reconocimiento y protección del derecho a “la producción y creación literaria, artística, científica y técnica”, se ha llegado a plantear si el derecho de autor es un verdadero derecho fundamental, con las consecuencias que de ello se derivan y que, en sustancia, supondría otorgarle el máximo grado de protección jurídica que prevé el ordenamiento jurídico.

En ese sentido existen, opiniones muy variadas, pero creemos que la tesis más correcta es aquella que distingue entre: a) el “derecho a ser autor” como capacidad potencial de toda persona para crear una obra artística, literaria, científica o técnica; y, b) “el derecho de autor” como fuente de las facultades pertenecientes al creador y que tiene por objeto la obra ya creada, plasmada en la realidad.³³

El primero sería un derecho de la personalidad, un auténtico derecho

³³ GARBERÍ LLOBREGAT, José (Director) FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María, y CASERO LINARES, Luis, *Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2004, pag. 675.

fundamental; el segundo no. En tal sentido es sumamente expresiva la Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de diciembre de 1985, que señala lo siguiente: “...lo que se consagra como fundamental es un derecho genérico e impersonal a producir o crear obras artísticas... viniendo a proclamar la protección de una facultad; cuando produce o crea, entonces, lo que se protege es el resultado, que hace surgir un derecho especial, el derecho de autor que no es un derecho de la personalidad...”³⁴

Una parte de la doctrina³⁵ ha afirmado que la propiedad aparece reconocida en el artículo 20.1.b) CE. Si ello fuese así, parece indiscutible que semejante derecho fundamental debería haberse desarrollado por ley orgánica, de acuerdo con el artículo 81 de la Constitución, cosa que no se hizo.

A pesar de esta polémica doctrinal el legislativo ha procedido en reiteradas ocasiones (disposición final 2.^a de la Ley 16/1993, disposición final 4.^a de la Ley 43/1994, disposición final 2.^a de la Ley 27/1995) a una habilitación legislativa para la elaboración de un Texto Refundido que recogiese (refundiéndolas) todas las leyes aprobadas sobre propiedad intelectual después de la Ley 22/1987, junto con esta misma. De la última de estas habilitaciones resulta la aprobación del texto actualmente vigente de la LPI, un Texto Refundido, aprobado por el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril. Evidentemente dicha habilitación o delegación en el Gobierno habría sido totalmente improcedente de acuerdo con el artículo 82.1 CE, si la propiedad intelectual fuese una materia propia de la ley orgánica (art. 81.1. CE). Pero hoy en día nadie cuestiona la validez constitucional del mencionado Texto Refundido, que además ha sido reformado posteriormente por diversas leyes ordinarias. (Ley 5/1998, Ley 19/2006, Ley 23/2006, Ley 10/2007).³⁶

Como ya lo señalamos sucintamente antes, consideramos que los derechos de autor no son un derecho fundamental, reconocido en el artículo 20.1.b) CE, sino que más bien creemos que se encuentran reconocidos en el artículo 33 CE, al ser

³⁴ STS 9 de diciembre de 1985 (Sala 1.^a de lo Civil) Col. Leg. Nro. 747.

³⁵ OTERO LASTRES, José Manuel, “La protección constitucional del derecho de autor: análisis del artículo 20.1.b) de la Constitución española de 1978”, *Revista Jurídica Española La Ley*, Nro. 2, 1986, pags. 370 a 379; RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, “Siete derechos en busca de autor: la nueva Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987 (BOE 17 de noviembre)”, *ADC*, 1988, pags. 253 y sgtes., y pag. 325.

³⁶ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo (coordinador), *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, Tercera edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2007, pag. 17.

considerados un tipo especial de propiedad, es decir una propiedad intelectual, tal como los denomina la Constitución. Los argumentos que cabe alegar, son los siguientes:

1º.- No cabe desdoblar el contenido del artículo 20.1 sobre la base de reconocer el propio sentido a la utilización inicial de los verbos “reconocer” y “proteger”. Semejante desdoblamiento carecería de contenido en algunos casos concretos, como con la libertad de cátedra o con los derechos a comunicar o recibir libremente información veraz por cualquier medio de difusión. Semejante desdoblamiento implicaría, por otra parte, que el derecho de autor ya estaría recogido en el apartado a) del artículo 20.1 (expresar pensamientos, ideas, opiniones mediante cualquier medio de reproducción).³⁷

El artículo 20 está dedicado a la protección de la libertad de expresión, opinión, información. Ése es su ámbito de aplicación y no otro, aunque su redacción sea muy poco técnica y contenga varias repeticiones. Esas repeticiones responden a la voluntad de enfatizar la protección que se desea conceder a esas libertades, especialmente en aquellos campos en los que históricamente ha sido puesta más en cuestión. Así ocurre con la libertad de cátedra, que está ya incluida en el apartado a), en la libre expresión y difusión de pensamientos, ideas y opiniones. Lo mismo cabe afirmar en relación con la utilización de los verbos “reconocer” y “proteger” al comienzo del artículo 20.1.b). Se trata simplemente de poner de relieve que son libertades y derechos previos a la Constitución, y que ésta no puede sino reconocer. Se trata de poner de relieve que, además la Constitución obliga a un reforzamiento de esa protección para que sean libertades y derechos reales y efectivos (artículo 9º. 2 CE).³⁸

Literalmente, los derechos a la producción y creación no incluyen los derechos sobre lo producido o creado. Por otra parte, bastaría con que se hubiese utilizado en este caso la propia terminología reconocida por los redactores de la Constitución para eliminar toda confusión. En efecto, cuando la Constitución ha querido referirse a los derechos de autor, ha utilizado el concepto de propiedad intelectual. Así ocurre en el artículo 149.1.9º. Luego cabe mantener que, si se hubiese querido introducir en el artículo 20.1.b) la propiedad intelectual, debería haberse utilizado esa terminología,

³⁷ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de...op.cit.*, pag. 18.

³⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de... op.cit.* pags. 18 y 19.

puesto que es la reconocida por la Constitución (a pesar de la equivocación en el *nomen iuris*, que estudiamos anteriormente). Bastaría, pues, con haber redactado el apartado b) con este texto: “de propiedad intelectual y de propiedad industrial”; sobre todo si se tiene en cuenta que las libertades de expresión ya quedan suficientemente protegidas con el apartado a).

Que el sentido el artículo 20.1.b) es el de proteger la libertad de expresión, opinión e información viene reforzando por el apartado 2 del mismo artículo cuando añade que “el ejercicio de estos derechos no puede restringirse mediante ningún tipo de censura previa”. Es obvio que la censura previa únicamente puede referirse a los derechos o libertades de expresión, opinión e información y no a otros derechos (como los de autor), aunque se encuentren estrechamente relacionados con aquéllos.

2º.- El artículo 27.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y el artículo 15.1.c) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales, Culturales no ofrecen lugar a dudas sobre su voluntad de proteger la propiedad intelectual. Según el artículo 10.2 de nuestra Constitución, ello debe servir para interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales no sólo los incluidos en la Sección I, Capítulo II, Título I (“De los derechos fundamentales y de las libertades públicas”), sino también los de la Sección II (“De los derechos y deberes de los ciudadanos”) tal y como se reconoce en el Capítulo IV de ese mismo Título I (“De las garantías de las libertades y derechos fundamentales”), cuyo artículo 53.1 comienza diciendo: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos”. Cabe pues, concluir que el derecho fundamental a la propiedad privada debe extenderse, de acuerdo con la propia terminología de la Constitución (artículo 149.1.9ª) y con las exigencias interpretativas de su artículo 10.2, a la propiedad intelectual. Con lo que, además en concordancia con las tendencias existentes en el Derecho comparado, se reconoce constitucionalmente la propiedad intelectual (en el artículo 33 CE), sin necesidad de entender que está reconocida en el artículo 20.1.b).³⁹

3º.- De la misma forma que en un Estado social de Derecho parece lógico que la libertad de expresión, incluida la libertad de creación, reciba una protección superior a

³⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de...* op.cit. pag. 19.

la propiedad, no ocurre lo mismo con la propiedad intelectual con respecto a la propiedad privada. La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión incluye la propiedad intelectual en el derecho de propiedad (artículo 17), claramente separado del reconocimiento de la libertad de las artes y de las ciencias (artículo 13). Ello implica, ciertamente, rechazar que el derecho de autor pueda ser considerado como un bien o derecho de la personalidad⁴⁰ Ello implica también rechazar la autonomía del derecho moral de autor (que podría estar reconocido en el artículo 20.1.b) de la Constitución) frente al derecho de explotación o patrimonial de autor (que podría estar reconocido en el artículo 33 de la Constitución). El derecho de autor o la propiedad intelectual es un derecho unitario y, consecuentemente, su reconocimiento constitucional debe ser unitario y no fragmentado.⁴¹

De ahí que entienda que, ese reconocimiento se produce en el artículo 33 de la Constitución, como propiedad especial que es, de acuerdo con el artículo 149.1.9ª de la Constitución misma, de acuerdo con la LPI de 1879 (vigente en el momento de entrada en vigor de la Constitución) y de acuerdo con los artículos 428 y 429 del CC (vigentes también en el momento de entrada en vigor de la CE), así como, actualmente. También lo entendió así la Sala 1ª del Tribunal Supremo en su Sentencia de 9 de diciembre de 1985 (Caso SERRANO), al rechazar la aplicación del artículo 20.1.b) CE al caso. No obstante, hay que señalar que dicha Sentencia cuenta con un voto particular, en el que se entiende que, en efecto, el derecho moral de autor recibe protección en el artículo 20.1.b) de la CE.⁴²

4º.- Si la propiedad intelectual hubiese quedado incluida en el artículo 20.1.b) CE, su desarrollo hubiera requerido su regulación a través de una Ley Orgánica, y como sabemos la LPI es de carácter ordinario, incompatible con el carácter de derecho fundamental.

⁴⁰ Así lo rechaza la mayor parte de la doctrina ROGEL VIDE, Carlos, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, pag. 55 y 56; BERCOVITZ RODRIGUEZ-CANO, Rodrigo, “Bienes de la personalidad y derecho moral del autor”, en *En torno a los derechos morales de los creadores*, Reus, 2003. No obstante, DE CASTRO Y BRAVO, Federico, considera que el derecho moral de autor es un bien de la personalidad, en *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972, pag. 22.

⁴¹ La jurisprudencia considera el derecho de autor como un derecho fundamentalmente patrimonial, sin perjuicio de la peculiaridades que derivan de sus facultades morales: SSTS 3 junio 1991; 2 marzo 1992; 19 julio 1993; 23 marzo 1999 (RJ 1991/4407, 1992/4407, 1992/1834, 1993/6164, 1999/2005).

⁴² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de...* op.cit. pag. 20.

5º.- Finalmente como fundamento político, podemos señalar que si bien es cierto que los antecedentes parlamentarios del precepto permiten mantener que en su momento el Grupo Socialista quiso ese artículo 20.1.b) para garantizar la protección de los autores. Pero, a la hora de ponderar la verdadera intención del legislador, conviene tener en cuenta que ese mismo Grupo Socialista, que además contaba con la mayoría absoluta de la Cámara, fue el que admitió (como ya se ha visto) que se tramitara el Proyecto de Ley de propiedad intelectual como ley ordinaria; lo que implica rechazar que la propiedad intelectual se encuentre reconocida y protegida por el artículo 20.1.b) de la CE.

4.2.- El derecho de autor es unitario o comprende dos derechos diferentes:

La segunda discusión, en cuanto a la naturaleza de los derechos de autor, es decir, el reconocimiento a favor de éste de facultades de contenido patrimonial y de contenido moral, con régimen jurídico diferenciado, ha suscitado la polémica en torno a la configuración de este derecho como unitario, la denominada Teoría monista, aunque su contenido pueda ser heterogéneo, o diferenciado, de donde surge la Teoría dualista, para la cual la propiedad del autor comprendería en realidad a dos derechos, uno de contenido patrimonial y otro de carácter moral.

Aunque esta discusión se refiere más al ámbito sustantivo que al procesal de los derechos de autor, sirve, sin embargo, para poner en relieve la especialidad de esta materia, por el distinto régimen jurídico a que se somete una u otra clase de facultades o derechos.

Creemos que es más correcta la Teoría monista, puesto que el derecho de autor es unitario, se crea y surge por el mismo hecho de la creación, lo que no es óbice para que, como por lo demás ocurre en otros sectores del ordenamiento, tenga un contenido dual, complejo y especial.⁴³ Así dice Rodrigo Bercovitz: "... no cabe configurar la propiedad intelectual como la conjunción de dos derechos –uno económico y otro moral- ..., sino que es un derecho único e inescindible, de naturaleza especial, en el que los aspectos personalistas y patrimoniales son inseparables y se potencian

⁴³ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las Medidas Cautelares...* op.cit. pag. 676.

recíprocamente.”⁴⁴

En conclusión debemos señalar que el derecho de autor es un derecho único y especial, en el sentido que comprende a su vez dos tipos de derechos: A.- derechos morales o personales del autor, y, B.- derechos patrimoniales o de explotación. Ambos son inseparables y se condicionan recíprocamente.⁴⁵

A.- Derechos morales del autor

Los derechos morales del autor se refieren al reconocimiento de su condición de autor, y la titularidad del derecho. Es decir que toda la colectividad reconozca a dicha persona como autor o creador de la obra. Este reconocimiento tiene tal importancia que perdura incluso después de la muerte del autor. Para poder entender claramente los derechos morales de un autor, debemos tener en cuenta que éste a su vez abarca los siguientes derechos: a) derecho de paternidad o derecho a exigir el reconocimiento de la condición de autor de una obra; b) el derecho al anonimato, que es el reverso del anterior, deberá ser entendido como la elección que tiene el autor en relación con la forma en la que la obra ha de ser divulgada; c) el derecho de integridad sobre la obra, es decir el derecho a exigir que la obra no sea mutilada o transformada de cualquier otra forma con perjuicio de su reputación o intereses; d) el derecho de divulgar la obra y a decidir en qué forma deberá ser divulgada, e) el derecho de retirada de la obra por cambio de las condiciones científicas, morales o estéticas y el derecho de acceso al ejemplar raro o único de la obra, derecho particularmente importante en el derecho de las obras plásticas. En algunos casos en supuestos de destrucción parcial de la obra, se ha considerado como una vulneración del derecho a la integridad de la obra.⁴⁶

⁴⁴ BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Derecho de la persona*, Madrid, 1976, págs. 212 y sgtes.

⁴⁵ BÉRCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, “Comentario del artículo 10”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997, pag. 158; y del mismo autor: “Introducción a la Regulación de los Derechos de Autor”, *Propiedad intelectual: aspectos Civiles y Penales*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995, pag. 13; DE ROMÁN PEREZ, Raquel, “Naturaleza jurídica del Derecho de Autor”, *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Colección de Propiedad intelectual, (coordinador César Iglesias Rebollo), Edit. Rens S.A., Madrid, 2005, pag. 48.

⁴⁶ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAZ MÁIZ, Vicente, *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual (por una nueva regulación)*, Trama editorial, Madrid, 2006, págs. 31 y 32. En este sentido la SAP de Guadalajara de 13 de octubre de 2003 (AC 2004/369).

El derecho moral del autor es esencial, extrapatrimonial, inherente y absoluto; de ello resulta que es irrenunciable e inalienable; por ser inalienable, el derecho del autor es también inembargable, inejecutable e inexorable; además es imprescriptible y es insubrogable por ser inherente a la calidad de autor. Tiene en principio duración ilimitada.⁴⁷

El derecho del autor a proclamar la paternidad de la obra significa, de un lado, la mención del nombre, firma o signo del autor sobre cada ejemplar de la obra (artículo 64.1 LPI), o anunciado en cada representación (artículo 78.2 LPI), así como en la publicidad de la misma (artículo 14.2 LPI); de otro lado, el reconocimiento de la condición de autor, tanto frente a quienes se atribuyan la paternidad de la obra, haciéndose pasar por autor de la misma, como frente a quien la desconozca (artículo 14.3 LPI)⁴⁸, entonces el autor único acciona solicitando la supresión de quien sin ser coautor figura, sin embargo, con esa condición. La consignación del nombre del autor de la obra, o de su seudónimo o anónimo, permitirá presumir autor a quien aparezca como tal en la obra, tal como lo establece el artículo 6 LPI.⁴⁹

Este derecho permite al autor exigir la mención de los títulos profesionales que posea, conforme a su voluntad. En el caso de que los títulos y distinciones sean muy numerosos, el cesionario podrá, de acuerdo con el autor, mencionar sólo aquellos que tengan relación directa con la obra publicada. Además, el autor tiene, en caso de cita, derecho a que su nombre y la fuente sean mencionados, así lo establecen los artículos 32 y 33 LPI.

El autor podrá registrar como marca su nombre civil o artístico, muy habitual en los artistas musicales, y tal protección es independiente y cumulativa a la otorgada por el artículo 14.3 LPI. En consecuencia, también podrá oponerse a que se registre como marca, sin la debida autorización, el nombre civil o la imagen que identifique a una persona distinta del solicitante de la marca (artículo 9.1.a LM), o a la utilización del nombre, apellido o seudónimo o cualquier otro signo que para la generalidad del

⁴⁷ VILLALBA, Carlos A. y LIPSZYC, Delia, *El derecho de autor en la Argentina*, La Ley, Bs. As., 2001, pag. 85.

⁴⁸ Al respecto la SAP Valencia, 9 de marzo de 2004 (JUR 2004, 170476).

⁴⁹ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de...* op.cit. pag. 217.

público identifique a una persona distinta del solicitante (letra b)⁵⁰. La marca adolecerá de nulidad relativa si el signo registrado constituye una reproducción, imitación o transformación de creaciones protegidas por la LPI (letra c).⁵¹

La omisión del nombre del autor sobre sus obras, su difusión con nombre incompleto y la atribución de una obra común a un solo autor, desconociendo la autoría de los restantes coautores, supone una infracción del derecho moral de paternidad. Lógicamente el derecho a que su nombre figure en los actos de explotación se entiende “en la medida de lo posible”, pues en ocasiones, es imposible o difícil la inclusión del nombre del autor en la obra, por ejemplo: diseños, gráficos, creaciones publicitarias.⁵²

B.- Derechos patrimoniales del autor

Los derechos patrimoniales se refieren a la facultad que tiene el creador de explotar la obra. Es decir que el autor tiene el derecho de obtener ganancias económicas de su creación; es esta facultad de lucrar con la obra la que permite al autor hacer de ésta su modo de vida.

Finalmente, debemos indicar que existe una parte de la doctrina que sostiene que el derecho de autor sigue siendo básicamente un derecho de propiedad, todo lo especial que se quiera, pero propiedad al fin y al cabo. Desde la aparición del Código civil, la propiedad intelectual, en cuanto materia propia de la disciplina que éste regula, encuentra acomodo dentro del derecho genérico de propiedad. Específicamente, en el

⁵⁰ Al respecto la STS 22 de diciembre de 2005 (RJ 2006, 282).

⁵¹ En este sentido las siguientes sentencias: STS 7 de octubre de 2000 (RJ 2000, 8138); SAP Valencia, 23 de febrero de 2000 (AC 2000, 790); y STSJ Madrid 17 de febrero de 2001 (JUR 2001, 219990).

⁵² BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, *Comentarios a la Ley de...* op.cit. pag. 217 y 218. Este autor señala que: “Las resoluciones jurisprudenciales que se pronuncian sobre el derecho de paternidad se refieren a: 1.) Supuestos de omisión del nombre del autor (SSAP Asturias, 28 de enero de 1993 (AC1993, 82), Barcelona, 28 de enero de 2000 (AC 200, 134) y 20 de septiembre de 2003 8AC 2003, 1894). El caso de las STS 23 de octubre 2001 (RJ 2001/8660): utilización de libros por la demandada que reproducen de forma literal contenidos de la obra propiedad del actor; STS 1 de febrero 2005 (RJ 2005/1749): falta de reconocimiento de la paternidad de varios autores sobre una enciclopedia). En los casos de obras en colaboración es exigible la mención de los nombres de todos los coautores y no sólo de uno o algunos de ellos STS 14 de diciembre de 1993 RJ 1993, 9886; 2.) Supuestos de atribución errónea de la autoría a un tercero. Un ejemplo es el conocido por la STS 19 de julio de 1989 (RJ 1989, 5725), en el que se atribuía una escultura a un tercero, habiendo sido creada por el demandante. 3.) Infracción del derecho de paternidad tanto por omisión de la consignación del autor como por atribución errónea de la autoría a un tercero. Son supuestos de usurpación de la paternidad que constituyen supuestos de plagio. (STS 29 de diciembre de 1993, RJ 1993/10161; STS 11 de julio de 2000, RJ 2000/4669; SAP Barcelona, 4 de mayo de 2004 (JUR 2004, 221419) SAP Madrid, 26 de setiembre de 2000 (AC 2000, 2447).”

Libro II del Código, titulado “De los bienes, de la propiedad y sus modificaciones”, y en el marco de su Título IV, “De algunas propiedades y sus modificaciones”, y dentro de él, y en su capítulo III, “De la propiedad intelectual”, de conformidad con lo dispuesto por los artículos 428 y 429, que mantienen su vigencia, son de aplicación las reglas generales establecida en el CC sobre propiedad. Esta aplicación deberá entenderse de forma supletoria, siempre conservando la especialidad del ordenamiento jurídico específico para los derechos de autor.⁵³

5.- Transmisión de los derechos de autor

Lo peculiar del derecho de autor es que atribuye a su titular dos tipos diferenciados de facultades: las patrimoniales y las morales

Las primeras son transmisibles y enajenables; en suma, se constituyen en objeto lícito y posible de tráfico jurídico. En consecuencia, a partir de estas facultades se pueden constituir, derivadamente, derechos autónomos mediante su transmisión a terceros. Por ello, el artículo 23 LPI señala expresamente que: “los derechos de explotación... son independientes entre sí”. Con esto, lo que se está reconociendo es la posibilidad de que, sobre determinada obra, existan derechos concurrentes, cada uno de los cuales tendrá autonomía, lo que es esencial para comprender el régimen que se establece.

Esta facultad de explotación, bajo cuyo nombre se comprenden las distintas modalidades que supongan algún tipo de rendimiento económico, artículos 17 LPI y siguientes; es transmisible *mortis causa* o *inter vivos*, artículos 42 y 43 LPI; hipotecable, según lo establece el artículo 53.1 LPI; y embargable, aunque el embargo no comprende el derecho en sí, sino los frutos y rentas que genera, como lo dispone el artículo 53.2 LPI.

En cambio, los derechos morales definidos en el artículo 14 LPI, son

⁵³ Entre los autores que consideran a los derechos de autor, llámense “propiedad intelectual” como un simple derecho de propiedad (derecho real) encontramos a: ROGEL VIDE, Carlos, *Estudios Completos de Propiedad Intelectual*, Editorial Reus, Madrid, 2003, pag. 11; GARBERÍ LLOBREGAT, José *Las Medidas Cautelares...op.cit.*, pag. 676.

irrenunciables e inalienables. Por ello, y ya desde el punto de vista procesal, esta doble conceptualización, hace que sea distinta la legitimación para el ejercicio de acciones:

Así, cuando se trate de alguna de las facultades patrimoniales, estará legitimado el autor o la persona a quien la concreta facultad cuestionada se le haya transmitido, bien *inter vivos*, bien *mortis causa*. De ahí que, también en estos supuestos, legitimado pasivo, pueda ser el propio autor, si cedió a otro en exclusiva el derecho de explotación y realiza algún acto que desconozca o vulnere tal exclusividad.

Por el contrario las facultades morales, sólo pueden ser ejercitadas, por definición, por el autor, titular exclusivo y excluyente. Y según los artículos 15 y 16 LPI, después de su muerte, legitimado estará aquel que haya sido designado al efecto en el testamento por el autor, o en defecto de éste, los herederos de aquél, o en defecto de éstos, el Estado, Comunidades Autónomas o Corporaciones Locales.⁵⁴

6.- Medios de prueba de los derechos de autor y de la propiedad industrial

La vigente Ley de Propiedad Intelectual no establece requisito formal alguno para otorgar su protección. Con la sola creación de una obra original, la ley despliega sus efectos protectores a favor del autor. Es necesario indicar nuevamente que la creación es la manifestación externa y real de la idea, a la cual llamamos “obra”. Considerar a tal obra como creativa y original es algo que solo podrá dictar el sentido común del propio autor y en última instancia, los Tribunales.

En la práctica, es necesario contar con algún medio de prueba, a través del cual se pueda establecer la autoría y la fecha de creación de una obra, esto con la finalidad de protegerla efectivamente. La inscripción registral, el depósito legal, la publicación de ejemplares con el nombre, firma o signo identificativo de una persona o varias, no constituyen prueba de la autoría ni de la creación, pero tienen el valor legal de presunciones *iuris tantum* mientras no se contradiga y se pruebe lo contrario de lo que figura en la inscripción o ejemplar.⁵⁵ La creación exteriorizada de la obra y no su

⁵⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las Medidas Cautelares...* op.cit. pags. 676 y 677.

⁵⁵ RODRÍGUEZ TAPIA, José, *Comentarios a la Ley de...* op.cit. pag. 41.

concepción, es pues el hecho generador, de la propiedad intelectual. En caso de litigio por la autoría, es lo que será objeto de prueba, para lo que los interesados pueden servirse de indicios materiales positivos y negativos, cualificación profesional y académica, estilo, caligrafía, impedimentos físicos, anatómicos y espacio-temporales, que podrán derribar o reafirmar, según los casos, las presunciones *iuris tantum* establecidas de autoría por la Ley, a saber, el uso del nombre de una persona en los ejemplares publicados (artículo 6.1. LPI) o la inscripción registral a su favor (artículo 145.3). Pero debemos tener presente que uso e inscripción no constituyen, en modo alguno, prueba de la autoría o la creación, pero la seguridad del tráfico y la protección de la apariencia, les otorga un valor preponderante en la distribución de la carga de la prueba.⁵⁶

La ley establece básicamente dos sistemas, además de otros que en la práctica han demostrado utilidad. Los medios de prueba más importantes, para acreditar fehacientemente la Propiedad Intelectual son:

6.1.- Registro General de la Propiedad Intelectual:

Establecido en el artículo 144 de la Ley de Propiedad Intelectual, desarrollado por el Real Decreto 281/2003 de 7 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento del Registro. Hoy la inscripción no es constitutiva, pero su utilidad es evidente. El acceso al Registro implica una presunción *iuris tantum* de que los derechos inscritos existen y pertenecen al titular registral, establecen exclusividad, orden y prioridad de unos derechos sobre otros. El contenido del registro se presupone exacto, reputándose conocido de todos y no pudiendo invocarse su ignorancia (Principio de fe pública registral).

Los asientos del Registro están bajo la salvaguarda de los Juzgados y Tribunales produciendo todos sus efectos mientras no se inscriba la declaración judicial de su inexactitud o nulidad.

⁵⁶ RODRÍGUEZ TAPIA, José, *Comentarios a la Ley de...op.cit.* pag. 42.

6.2.- Símbolos:

La resolución de 27 de junio de 1964 dictada por la Dirección General de Archivos y Bibliotecas, estableció la obligatoriedad a partir del 1 de enero de 1965, de incorporar en sitio visible en las obras que se presentaran a inscripción al Registro el signo de una letra c encerrada en un círculo (©) acompañado del nombre del autor o del titular del derecho de autor, el lugar y el año de la primera publicación. De esta forma se incorporó el artículo 3 de la Convención Universal de Ginebra.

Hoy esta formalidad es facultativa de acuerdo a lo establecido en el art. 146 de la Ley de Propiedad Intelectual, y es una forma de indicar la existencia de una reserva de derechos a favor del titular, de los derechos de explotación.

En todas las obras podrá consignarse la © (letra C encerrada en un círculo), y en los fonogramas la letra P (encerrada también en un círculo) con expresión del nombre del titular, lugar y año de publicación.

6.3.- Patentes:

Es el título de protección que se otorga a una invención industrial, la Patente se puede definir como el sistema de protección para las invenciones; las invenciones son un tipo de bien inmaterial muy concreto, puesto que son aquellas ideas expresadas que van dirigidas a una aplicación industrial. Para que una invención sea protegible debe cumplir los requisitos de patentabilidad cuales son: a) novedad, b) actividad inventiva, y c) aplicación industrial.⁵⁷ Otro tipo de protección que se da a un tipo especial de invención es el título denominado: **Modelo de Utilidad**: que se utiliza para invenciones con una menor novedad, en las que el objeto de la invención ya existe pero se crea o encuentra una ventaja en su uso o para una fabricación.

6.4.- Marcas:

Se entiende por marca todo signo susceptible de representación gráfica que sirva

⁵⁷ ASENCIO MELLADO, José María, *La protección procesal del Derecho de Patentes*, en *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Víctor Fiaren Guillén*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, pag. 21.

para distinguir en el mercado los productos o servicios de una empresa de los de otras. La práctica mercantil del *licensing* o *merchandising* ha hallado su mejor sede de protección en las marcas. Cuando se aprovecha el poder sugestivo de una obra de autor, inscribir tal dibujo como marca en la Oficina Española de Patentes y Marcas cumple las veces de la función del Registro, que permite agilizar actuaciones de represión de las prácticas ilícitas.⁵⁸

6.5.- El diseño industrial:

Son una mezcla entre las creaciones originales y las aplicaciones industriales. Las modalidades de propiedad industrial que tienen encomendada la protección de los diseños industriales son los a) modelos industriales (composiciones tridimensionales) y b) dibujos industriales (composiciones bidimensionales). Para proteger su producto el diseñador debe mantener en estricto secreto el diseño hasta su introducción al Mercado, y deberá inscribir tanto un dibujo o modelo industrial en la Oficina Española de Patentes y Marcas, de acuerdo a lo establecido en la Ley 20/2003 de 7 de Julio, Ley de Protección Jurídica del Diseño Industrial, concordado con el Real Decreto 1937/2004, de 27 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de ejecución de la Ley antes mencionada. Si por cualquier razón, antes de tener el producto definido lo publicitara, la protección debería activarse antes de tal divulgación, habría que utilizar sistemas alternativos como son: los contratos de confidencialidad con la persona a quien se comunica el diseño y los depósitos o protocolizaciones notariales del primer prototipo o boceto.

Se pretende modernizar y adecuar al momento actual las figuras del modelo industrial y el dibujo industrial que, puesto que se diferencian por estar inclinados por el criterio de la novedad o bien por el criterio de originalidad. La STS de 30 octubre de 1986 (caso Recipiente de Cocina)⁵⁹, o la de 1 de junio de 1987 (caso Caramelo Cilíndrico)⁶⁰, en ambas sentencias predomina la idea de novedad, es decir algo nuevo y que por primera vez es utilizado. Por otra parte el criterio de originalidad se encuentra

⁵⁸ BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Marca y diseños comunitarios*, 1ª ed. Aranzadi, Pamplona, 1996, pag. 45; FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, *Derecho de Marcas*, Montecorvo, Madrid, 1990, pag. 33; ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Las marcas en el derecho español*, 1ª ed. Civitas, Madrid 1995, pag. 32.

⁵⁹ STS de 30 octubre de 1986, Sala 1ª de lo Civil (caso Recipiente de Cocina), RAJ Nro. 6019.

⁶⁰ STS de 1 de junio de 1987, Sala 1ª de lo Civil (caso Caramelo Cilíndrico), RAJ Nro. 4022.

establecido en la STS de 30 de junio de 1994 (caso Búfalo)⁶¹, al igual que en la STS de 13 de octubre de 1992 (caso Jabonera)⁶², en la que la Sala se esmera en marcar la diferencia e inexistencia de parecido entre un modelo industrial “jabonera” y un modelo de utilidad “grifería”. En el modelo industrial se protege “creatividad” en la forma o estructura de todo objeto que sirva para la fabricación de un producto, es decir la apariencia externa de dicho objeto; mientras que en el modelo de utilidad lo importante es la “novedad” que con su funcionamiento se obtenga y la mayor utilidad que ello comporta.

Es decir que el más alto Tribunal recoge con precisión los componentes inventivos y de aplicación industrial del modelo de utilidad, a diferencia de los creativos y de forma del modelo industrial.

6.6.- Otros sistemas de protección:

Podrían efectuarse depósitos notariales, contratos con cláusulas penales, o la inscripción de la obra ya divulgada en una Entidad de Gestión de derechos de autor.

Existen otros bienes inmateriales que el intelecto del hombre produce y seguirá produciendo por el avance tecnológico y cibernético en el que vivimos; tal vez el más importante de estos bienes, sean los programas de ordenador o *software*, y dadas sus características de originalidad fueron asimilados a las obras literarias, y tutelados en consecuencia en la Ley de Propiedad Intelectual, como un derecho de autor. Una de las razones de esta protección, es la cobertura internacional de que goza tal régimen, gracias a los Tratados internacionales y las Directivas de la Unión Europea.

Por otra parte, ideas complejas, cada día mas abundantes (Obras Cinematográficas y demás obras Audiovisuales, programas de televisión, desarrollos informáticos, determinadas iniciativas empresariales, la imagen de un negocio, etc.) en las cuales participan muchas personas, y no se puede concentrar o individualizar una

⁶¹ STS de 30 de junio de 1994, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo (caso Búfalo), RAJ Nro. 5274.

⁶² STS de 13 de octubre de 1992, Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo (caso Jabonera), RAJ Nro. 4905.

sola cosa, si no que son un conjunto de elementos que conforman el todo, también se encuentran protegidas por la Ley de Propiedad Intelectual.

Finalmente existen una serie de Derechos conexos a los Derechos de Autor, como son los Derechos de los artistas e intérpretes o ejecutantes, los Derechos de Productores de Fonogramas, Derechos de Productores de Grabaciones Audiovisuales, Derechos de las entidades de Radiodifusión, las meras fotografías⁶³. Además el Derecho *sui generis* sobre las bases de datos, también se encuentran reguladas por la Ley de Propiedad Intelectual.⁶⁴

Existen ideas, que por su complejidad, por el coste necesario para su creación o por la necesaria colaboración de otras personas, para su exteriorización, se divulgan antes de poder acceder a los requisitos exigidos por el ordenamiento para una tutela efectiva, y por ende se encuentran desprotegidas por la ley misma, pero como lo hemos señalado anteriormente, para estos casos se pueden utilizar otros medios de protección como son contratos de confidencialidad, o los depósitos y protocolizaciones notariales.

El presente estudio, y como el título del mismo lo indica, se refiere única y exclusivamente a los derechos de autor, que se encuentran establecidos en la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido del Real Decreto Legislativo 1/1996 de 12 de abril (siglas LPI); y con mayor profundidad estudiaremos las normas procesales establecidas en dicha ley, siempre realizando las concordancias con la Ley de Enjuiciamiento Civil, Ley 1/2000, de 7 de enero (siglas LEC), para su aplicación con el fin de proteger los derechos de autor.

7.- Marco Legal Internacional de los derechos de autor

Si bien es cierto que hasta ahora sólo hemos estudiado los derechos de autor de acuerdo al sistema jurídico español, debemos señalar que existen una serie de organismos internacionales que no sólo tratan de uniformizar las legislaciones de la

⁶³ CASAS VALLÉS Ramón, y SOL MUNTAÑOLA, Mario A., “Derecho a la imagen y propiedad intelectual del fotógrafo”, *Revista del Poder Judicial*, Nro. 30, mayo 1993.

⁶⁴ LYPSZYC, Delia, “Derecho de autor y derechos conexos”, *UNESCO/CERLALC/ZAVALLIA, Francia 1993*, citada por SOL MUNTAÑOLA, Mario A. *La Protección ...op.cit.*, pag. 33.

Unión Europea, sino también las legislaciones de todos los países alrededor del mundo. A continuación sólo citaremos someramente los organismos y tratados más importantes, ya que nuestro estudio está más bien dirigido hacia el Derecho Procesal.

En la actualidad el organismo más importante es la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual, identificada con las siglas OMPI, es una agencia especializada de la Organización de las Naciones Unidas, creada en 1967 con la firma del Convenio de Estocolmo. Tiene como la ciudad de Ginebra (Suiza), la OMPI es uno de los 16 organismos especializados del sistema de organizaciones de las Naciones Unidas. Tiene a su cargo la administración de 24 tratados internacionales que abordan diversos aspectos de la regulación de la propiedad intelectual. La Organización tiene 183 Estados miembros.

El predecesor la OMPI fue la BIRPI que en francés significaba (Buró Internacional Unido para la Protección de la Propiedad Intelectual) que fue creado en 1893 para administrar el Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas de 1893.

El objetivo de la OMPI es administrar 24 tratados, dos de ellos con otras organizaciones internacionales y, por conducto de sus Estados miembros y de su Secretaría, lleva a cabo un exhaustivo y variado programa de trabajo, con el fin de discutir y determinar los medios más idóneos para proteger todo tipo de obras intelectuales.

Los tratados más importantes respecto a los derechos de autor y los derechos conexos son los siguientes:

- Convenio de Berna para la Protección de las Obras Literarias y Artísticas (1886).
- Tratado de la OMPI sobre Derecho de Autor (1996, WCT)
- Convención de Roma sobre la protección de los artistas intérpretes o ejecutantes, los productores de fonogramas y los organismos de radiodifusión
- Convenio de Ginebra de 1952 para la protección de los productores de fonogramas contra la reproducción no autorizada de sus fonogramas

- Convenio de Bruselas sobre la distribución de señales portadoras de programas transmitidas por satélite

- Tratado de la OMPI sobre Interpretación o Ejecución y Fonogramas (1996, WPPT).

En el Convenio de Berna, Acta originaria de 1886, artículo 12 ya se prevé la posibilidad de decretar el comiso de toda obra en infracción, el que se diligenciará conforme a las reglas de cada país, en concordancia con lo dispuesto por el artículo 16 en las Actas de Bruselas de 1948 y de París de 1971.

En el ámbito americano se prevé en el artículo 14 que: “Toda obra falsificada podrá ser secuestrada...” Buenos Aires, 1910 y artículo XIII; “Todas las publicaciones o reproducciones ilícitas serán secuestradas de oficio o a petición del titular del derecho de la obra por la autoridad competente del estado contratante en que tenga lugar la infracción o en el cual la obra ilícita haya sido importada. Toda representación o ejecución pública de piezas teatrales o composiciones musicales en violación de los derechos de autor, a petición del titular lesionado, será impedida por la autoridad competente del Estado contratante en que ocurra la infracción...” Washington, 1946.

Pese a que la convención Universal no contiene disposiciones expresas, la aplicación de las mismas resulta de los artículos I y II, parágrafo 1 en cuanto impone a los Estado contratantes la obligación de “tomar todas las disposiciones necesarias a fin de asegurar una protección suficiente y efectiva” y de otorgar el trato nacional. No cabe duda que una protección suficiente y efectiva solamente se alcanza con medidas eficaces para satisfacer el respeto de los derechos en cuestión, lo que se encuentra ligado al trato nacional, que consiste en la igualdad de consideración de las obras nacionales y extranjeras en cuanto a los medios de protección.⁶⁵

Por su parte, según la información que suministra la Organización Mundial del Comercio (OMC), todos los países latinoamericanos son miembros de esa organización, de modo que están obligados por el Acuerdo sobre los Aspectos de los Derechos de

⁶⁵ III CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, 110 años de protección Internacional del Derecho de Autor: Berna 1886 – Ginebra 1996, tomo II, Barreiro y Ramos S.A., Montevideo, Uruguay, 1997, pag. 650.

Propiedad Intelectual relacionados con el Comercio (ADPIC), como Anexo 1C que es el Tratado de esa organización.⁶⁶

El embargo de los objetos falsificados y del material utilizado para cometer la infracción, es tomado como una medida disuasoria, pero esto no desvirtúa de ninguna manera su carácter netamente cautelar. El embargo es mencionado en las leyes de diversos países como Alemania, Brasil, Estados Unidos, Perú. Y también lo es a veces, la destrucción de los objetos falsificados a instancia de la parte civil (proceso penal) en algunos países (Noruega y Túnez en particular). Sin embargo esa sanción no es aplicable en Italia si sólo se atenta al derecho a la paternidad o a la integridad de la obra: la reparación se hará mediante otras medidas adecuadas. También puede darse el caso de la confiscación de los ingresos producidos por la infracción por ejemplo en Francia, Italia, y que se apliquen para garantizar los daños y perjuicios cuya indemnización pudiera pretender el autor. Otra medida disuasiva es el cierre de los establecimientos explotados por el falsificador como EE UU y Francia. En Francia el Código Penal prevé que en caso de reincidencia el tribunal podrá ordenar sea a título definitivo o a título temporal por una duración que no exceda de cinco años, el cierre del establecimiento explotado por el condenado el personal deberá percibir una indemnización igual a su salario mientras dure el cierre hasta seis meses como máximo.⁶⁷

⁶⁶ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, Colección de Propiedad Intelectual (director Carlos Rogel Vide), Editorial Reus S. A., Madrid, 2007, pag. 152.

⁶⁷ COLOMBET, Claude, *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo*, Estudio de derecho comparado, 3ª ed., Ediciones UNESCO/Cindoc, Madrid, 1992, pag. 125.

II.- PRETENSIONES EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

El presente estudio es específico sobre medidas cautelares, pero creemos necesario realizar un breve análisis de las pretensiones que se ejercitan en el proceso principal. Para el caso especial de los derechos de autor, existen algunas pretensiones interpuestas en el proceso principal que carecerían de sentido, si no se utilizara de forma simultánea o inmediata una medida cautelar idónea para proteger su efectividad.

La LPI establece cuáles son las pretensiones que se pueden ejercitar ante los órganos jurisdiccionales. Los artículos 138, 139 y 140 establecen claramente cuáles son éstas. La finalidad del ejercicio de estas pretensiones, es proteger los derechos de autor, frente a los actos ilícitos que se consumen y que constituyan una infracción a los derechos reconocidos a un autor.

El artículo 138 LPI, establece que existen dos grandes pretensiones, para la protección de los derechos de autor: a) La cesación de la actividad ilícita del infractor; y b) La indemnización de los daños patrimoniales y morales ocasionados; por lo tanto éstas constituyen las dos modalidades de tutela específica expresamente reconocidas en la ley.

Sin embargo existe también la denominada tutela genérica de los derechos de autor, puesto que pueden ejercitarse otras pretensiones distintas, tantas como se desprendan del ordenamiento jurídico, siempre y cuando encajen dentro de las características de los derechos de autor; de este modo la doctrina diferencia entre una protección específica y una protección genérica; además todo esto se desprende claramente del primer párrafo del artículo 138 LPI, que permite al titular de los derechos de autor la posibilidad de solicitar otras acciones que le correspondan.⁶⁸

⁶⁸ JUFRESA PATAU, Francesc y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, Cristóbal, “La protección judicial y extrajudicial de los derechos de autor”, *RJC*, 1988, Nro. 2, pag. 122; LORCA NAVARRETE, Ana M^a, “Acciones y Procedimientos en la Ley de Propiedad Intelectual”, *RGD*, 1989, Nro. 534, pag. 1031; DIEZ-PICAZO, Luís María y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil*, ed. 1989, Madrid, pag. 1696; DELGADO PORRAS, Antonio, *Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988, pag. 92; SACRISTÁN REPRESA, Guillermo, “Protección jurisdiccional de los derechos de autor. La acción de cesación y las medidas cautelares. Problemática de la legislación”, *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales*, CGPJ, 1995, pag. 135; ACOSTA ESTEVEZ, José B. “Criterios básicos sobre las normas procesales de la Ley

Ahora bien, respecto de las pretensiones específicas establecidas en la LPI, ambas tienen rasgos en común: a) el principal es que pueden ser utilizadas contra cualquier persona o *erga omnes*; antiguamente se le llamaba a esto “carácter real”, terminología ya superada actualmente. Es decir que su ejercicio no está condicionado por la existencia o inexistencia de contrato previo entre demandante y demandado. Dicho de otra manera, para el ejercicio de estas pretensiones es indiferente que exista o no dicho contrato, pues es dato del que la Ley hace plena abstracción, sin perjuicio, claro está que, de existir contrato, éste pueda constituir la medida de ilicitud o de la justificación de la conducta imputada al demandado; b) el segundo rasgo, es que ambas pretensiones tienen un contenido estrictamente objetivo, es decir que es indiferente, que la infracción de derechos los de autor se haya cometido con o sin culpa. La responsabilidad nace en todo caso de la ilicitud de la conducta, en el sentido de que el demandante no esté obligado a padecer el acto. La prueba de la justificación corresponde al demandado, como hecho positivo, mientras que el resto de los presupuestos de una u otra pretensión, como la titularidad del derecho, conducta del demandado y daño, en su caso; han de ser probados por el demandante.⁶⁹

Con todas las limitaciones que deban hacerse, la propiedad intelectual no se protege de la misma forma que se protegen las marcas y las patentes. La protección del titular de derechos LPI es independiente de que se realice la infracción en el mercado con fines competenciales, y que la conducta infractora sea susceptible de afectar a las rentas empresariales del titular. No se exige que la obra tenga fuerza distintiva, ni actúa como barrera el principio de especialidad.⁷⁰

En las líneas que siguen procederemos a estudiar detalladamente cuáles son las acciones que se encuentran establecidas en la Ley de Propiedad Intelectual:

de Propiedad Intelectual”, *La Ley*, 1991, Nro. 2, pag. 1021; RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDIA ROMÁN, Fernando, *Comentarios a la LPI*, Civitas, Madrid, 1997, pag. 507; MUERZA ESPARZA, Julio J., *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del derecho industrial y de la competencia*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1997, pag. 59.

⁶⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, José (Director), FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María y CASERO LINARES, Luis, *Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2004, pag. 680; ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las Medidas Cautelares en los Procesos Mercantiles*, Iustel, Madrid, 2006, pags. 1669.

⁷⁰ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las Medidas Cautelares en...* op.cit., pag. 1669.

1.- Pretensión de Cesación de la Actividad Infractora (artículo 139 LPI)

La pretensión de cesación de la actividad infractora responde a la necesidad que tiene el titular de los derechos de autor, de anticiparse a la consumación en definitiva de la infracción, evitando de esta forma el perjuicio; así mismo se puede lograr que se paralice la actividad infractora que se venía realizando y prohibir que ésta se reitere en el futuro.⁷¹

Consiste en que el autor solicita el cese de determinada actividad, puesto que ésta constituye una infracción a su derecho reconocido como autor. Esta pretensión comprende a su vez dos pretensiones diferentes: a) una es la cesación de la actividad infractora cuando ésta ya se ha iniciado, y se viene ejecutando en la actualidad; y, b) la prohibición de iniciar una determinada conducta que se encuentra en período de preparación, pero que inminentemente se convertirá en una infracción, por lo que el peligro de perjuicio es evidente.⁷²

La legitimación activa corresponde al titular del derecho de autor lesionado, y, en ocasiones, por sustitución voluntaria o necesaria, a la entidad gestora o SGAE.

La legitimación pasiva le corresponde al infractor, sea o no consciente de la infracción cometida, sin importar que exista una relación contractual o no con el titular del derecho, dado el carácter objetivo y real de la pretensión de cesación.⁷³

La norma no señala nada respecto a la duración de la pretensión; pero existe doctrina que ha mantenido que prescribirá a los seis años; pero este plazo de prescripción se encuentra establecido en el art. 1962 del CC, referido a las pretensiones reales sobre muebles; esto debido a que existe abundante doctrina que considera a los derechos de autor, o como ellos lo denominan “propiedad intelectual”, como un derecho

⁷¹ GASTÓN DE IRIARTE, Santiago, “Consideraciones sobre las especialidades procesales en materia de propiedad industrial e intelectual”, *Actualidad Civil*, Nro. 32, septiembre 1992, pag. 523; DELGADO PORRAS, Antonio, *Panorámica de la protección...* op.cit., pag. 93; VINCENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, T. I, V.2, Barcelona, 1991, pag. 1084.

⁷² MUERZA ESPARZA, Julio, *Aspectos procesales...*, pag. 13; BELLIDO PENADÉS, Rafael, *La tutela frente a la competencia...*op.cit., pag. 104.

⁷³ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...*op.cit. pag. 680.

de propiedad lato⁷⁴; pero como hemos señalado anteriormente esto no es cierto, puesto que los derechos de autor son un derecho especial que engloba facultades económicas y morales.

El numeral 2 del artículo 139 LPI supone un límite a esta pretensión, derivado del principio de proporcionalidad en la sanción, puesto que el infractor podrá solicitar que cuando los ejemplares y el material puedan utilizarse para otros fines distintos de la infracción, se limite a la destrucción o inutilización de dichos bienes sólo en la medida necesaria para impedir la explotación ilícita. Esto quedará nuevamente a discreción del tribunal quien tomará en cuenta la actividad habitual del infractor que lo solicitó. Por su parte el numeral 3, prevé el denominado comiso indemnizatorio, que consiste en que el accionante pueda solicitar si así lo desea, la entrega del material y ejemplares a precio de coste y a cuenta de la indemnización por los daños y perjuicios de los que haya sido víctima.

Es necesario hacer una distinción entre estas pretensiones de cesación, que procuran una auténtica tutela preventiva y definitiva, antes de que se produzca, se consolide o se agrave la lesión; de las que constituyen la tutela cautelar del artículo 141 LPI, que pretende conjurar la ineffectividad del fallo final cuya producción sería efecto de las dilaciones propias del proceso, el denominado *periculum in mora*. Es evidente que la cesación es la pretensión que se discute en el proceso principal, mientras que las medidas cautelares son el instrumento necesario para garantizar la efectividad del fallo del órgano jurisdiccional.

Estas medidas cautelares tienen un carácter preventivo, puesto que mientras dure la espera del pronunciamiento definitivo del proceso principal, desean adelantar las consecuencias del fallo. Pero la denominada tutela preventiva constituye un enjuiciamiento, no precisamente *prima facie*, de la actividad pretendidamente infractora: en consecuencia, la falta de razón del demandante determinará el

⁷⁴ Al respecto ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, en *Las Medidas Cautelares en...* op.cit., pag. 1673, señala lo siguiente: “La acción de cesación, se deriva de la titularidad de un derecho absoluto, la propiedad intelectual. Su *species iuris* en nuestro derecho es la negatoria. No creo, por tanto, que requiera acudir al artículo 7.º CC para hacer viable una acción de cesación en defensa de un derecho de alcance real, a diferencia de lo que hizo el tribunal mediante STS 16 de julio de 1985, justificando en dicho precepto la acción de cesación de infracciones contra el derecho de marca.”

levantamiento de las medidas cautelares que se hubieran adoptado, con la indemnización de los daños que se hubieran ocasionado.⁷⁵

En Derecho inglés, esta cesación es conocida como *final injunction* de tipo prohibitivo, cuya admisión queda a discreción del juez; y sólo es concedida en defensa de *property rights*⁷⁶. Por otra parte, en el derecho alemán la cesación es de carácter real (*Beseitigung und Unterlassungsklage*) que se recoge hoy en el artículo 97 UhrG pero fue ya reconocida antes de la promulgación de esta Ley y aceptada su aplicación por analogía con el artículo 1004 BGB, denominada: “Acción negatoria del propietario”⁷⁷

Ahora bien, la cesación de la actividad infractora puede comprender una o más pretensiones, la Ley de Propiedad Intelectual en el artículo 139 establece expresamente cuales son éstas; creemos necesario hacer un breve estudio de cada una de ellas, para que el posterior análisis de las medidas cautelares que le corresponderían a cada caso, resulte de fácil comprensión.

1.1.- Suspensión de la explotación ilícita (artículo 139. 1. a LPI)

Esta pretensión busca la cesación de la actividad infractora, y tal como señalamos en el punto anterior, existe una independencia marcada entre los derechos morales del autor y los derechos de explotación, y por lo tanto de la misma forma, existe una independencia entre las infracciones que se cometen contra el derecho moral del autor y las infracciones sobre el derecho de explotación. Incluso dentro de las infracciones al derecho de explotación son independientes las infracciones del derecho de reproducción, de las de distribución, de los derechos de comunicación pública o de transformación; y finalmente debemos señalar que existe independencia de cada acto de ejercicio o modalidad de explotación de un mismo derecho de explotación.⁷⁸

⁷⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAZ MÁIZ, Vicente, Daños y perjuicios en la propiedad intelectual (por una nueva regulación), Trama editorial, Madrid, 2006, pag. 54.

⁷⁶ CORNISH, William R., *Intellectual Property Law*, Clarendon Law Lectures, Oxford University Press, London, 2004, pag. 45.

⁷⁷ ULMER, Urheberrecht, *Seminars Internationales Privat – und Zivilprozessrech*, Universitat St. Gallen, Sommersemester, 2001, vgl. BGHZ, pag. 293.

⁷⁸ DELGADO PORRAS, Antonio, “El control del autor sobre la utilización de los ejemplares de su obra, la experiencia española”, *I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual*, tomo I, Ministerio de Cultura Madrid, 1991, pag. 526. Por su parte, la jurisprudencia exige que se determine con claridad en qué conducta se ha de cesar, así lo encontramos en la STS 5 de abril 2000 (AR 2497), pero pueden también deducirse de las circunstancias del caso.

Las infracciones al derecho de explotación de los derechos de autor pueden realizarse de diferentes formas; una de ellas son las explotaciones de utilización, que se producen cuando se utiliza una obra sin permiso del autor, por ejemplo se producen estas infracciones en la comunicación pública de obras musicales o audiovisuales en establecimientos públicos, sin que haya sido autorizada ni mucho menos remunerada. Usualmente esta pretensión de suspensión de la explotación ilícita solicitando la cesación de la comunicación pública, se acumula con otras acciones como son: la prohibición de reanudarla y el precinto de los aparatos empleados para dicha actividad.⁷⁹

La explotación ilícita puede configurarse además cuando una entidad de radiodifusión realiza la retransmisión sin autorización, de obras audiovisuales emitidas en otras entidades. La entidad gestora de los derechos de los productores audiovisuales es la EGEDA, ésta como titular de los derechos, a la pretensión de cese de la explotación acumula las pretensiones de prohibición a reanudar la actividad mientras no se obtenga la autorización y además la correspondiente indemnización.⁸⁰

Otra forma de explotación ilícita es la denominada explotación de circulación, y lo que se pretende es que cese la circulación de ejemplares materiales, o denominados ejemplares “piratas” de las obras, por ejemplo se podría dar en la edición incontestada de una obra literaria, o parte de ella, así también la reproducción ilícita de un vídeo, o de una obra plástica en una modalidad de explotación no autorizada expresamente por el autor, esto sucede cuando el autor autorizó una forma de explotación y se explotó la obra de otra forma distinta a la autorizada expresamente. Aquí podemos citar la

⁷⁹ Así lo disponen las siguientes sentencias: SAP de Cantabria, Sección 3ª., 23 de febrero 1998 (AC 1998/314); SAP de Barcelona, Sección 15ª., 8 de julio 1998 (AC 1998/1613); SAP de Tarragona, Sección 3ª., 4 de setiembre 1998 (AC 1998/6604); SAP de Ciudad Real, Sección 1ª., 12 febrero 1998 (AC 1998/3436); SAP de Burgos, Sección 2ª., 19 de febrero 1998 (AC 1998/3297); SAP de Ávila de 14 de enero 1998 (AC 1998/2770); SAP de Castellón, Sección 1ª., 27 abril 1999 (AC 1999/5149); SAP de Córdoba, Sección 1ª., 2 de marzo 1999 (AC 1999/4797); SAP de Castellón, Sección 3ª. 30 de julio 1999 (AC 1999/1924); SAP de Baleares, Sección 5ª., 28 de setiembre 1998 (AC 1998/1872); SAP de Alicante, Sección 6ª., 5 de julio 1999 (AC 1997/7516); SAP de Madrid, Sección 9ª., 12 de julio 2000 (AC 2000/1861); SAP de Pontevedra, Sección 5ª., 4 de febrero 2000 (AC 2000/370).

⁸⁰ Al respecto tenemos las siguientes sentencias: SAP de Madrid, Sección 19ª., 11 de junio 1999 (AC 1999/1465), que condena a la entidad Telealcalá, S.L., SAP de Salamanca de 28 de enero 1997 (AC 1997/399), condenando a las entidades Telecable Salamanca, S.A. y Telesalamanca S.L.; SAP de Murcia de 18 de febrero 1997 (AC 1997/498) que condena a Tele Red S.A.; SAP de Badajoz, Sección 2ª. De 10 febrero 1997 (AC 1997/285), que condena a TeleBadajoz S.L.; SAP de Cantabria, Sección 1ª., de 13 de junio 2000 (AC 2000/1415).

siguiente jurisprudencia: STS de 15 de diciembre de 1998⁸¹, sobre reproducción de un cartel artístico en sellos postales, sin la autorización del autor del primero, SAP de Asturias, Sección 4ª. de 20 de marzo de 1999⁸², que condenó al responsable de la elaboración de una publicación, por incluir en la misma unas fotografías que habían sido cedidas por su autor para la elaboración de una “Guía Urbana e Informativa de Asturias”, pero no para una publicación distinta; la SAP de Madrid, Sección 13ª. de 13 de marzo de 1998⁸³, resolvía un supuesto similar al anterior (la publicación de unas fotografías que habían sido cedidas por su autor a la Estación de Baqueira Beret, y cedidas posteriormente por ésta a otra entidad “Editorial Alitón, S.A.”, para publicarlas de nuevo, sin permiso de su propietario), sin embargo la Sala entendió que no existía vulneración del derecho de autor por haber consentido la primera cesión.⁸⁴

1.2.- Prohibición de reanudación de la actividad ilícita (artículo 139. 1. b. LPI)

La pretensión de prohibición de reanudar la actividad infractora se encuentra estrechamente ligada a la de cese, puesto que sería ilógico pensar que una vez que se ha ordenado el cese de una actividad ilícita, el infractor pueda realizarla nuevamente en el futuro. En este caso el legislador quiso regular esto expresamente, no dejando ninguna duda acerca de que una vez interrumpida o impedida la actividad infractora, existe la prohibición de reiniciar nuevamente dicha actividad.

Sin perjuicio de lo señalado anteriormente, existe doctrina que indica que esta pretensión es innecesaria, puesto que si el órgano jurisdiccional concede la cesación, ésta de por sí comprende la prohibición al infractor de reanudarla en el futuro. Por lo tanto el solicitante no tendría la carga de especificar en su demanda ambas acciones, sino que una vez amparado el cese de la actividad, ésta llevaría implícita la prohibición de reanudación. Una vez dispuesta la cesación de la actividad infractora, existe el peligro latente de que ésta se repita en el futuro, por lo que sería absurdo pensar que el

⁸¹ STS, Sala 1ª., 15 de diciembre 1998, RJ 1998/10149.

⁸² SAP de Asturias, Sección 4ª. de 20 de marzo 1999, (AC 1999/711).

⁸³ SAP de Madrid, Sección 13ª. de 13 de marzo 1998, (AC 1998/7003).

⁸⁴ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...op.cit.*, pag. 291.

autor se vea obligado a presentar una nueva demanda, en cada oportunidad de que el mismo infractor realice sucesivas actividades ilícitas.⁸⁵

Debemos señalar nuevamente que la pretensión de prohibición de reanudación, se desprende de la de cese, puesto que no podría concebirse la primera sin la segunda, es decir que no puede pensarse en la primera de forma autónoma, puesto que carecería de lógica. Al parecer la intención del legislador, como ya lo dijimos antes, fue la de ser expreso y específico, además de proporcionar al juzgador cuál sería el contenido de la resolución si estimara la pretensión de cesación. Pero sería inadmisibles pensar que cuando el actor omite solicitar la prohibición de reanudación, el juez se encuentre impedido de pronunciarse sobre ésta; tomando en cuenta que la prohibición de reanudar deberá ser un efecto *ex lege*. Sin embargo creemos que siendo estrictos con la técnica procesal, sería mejor plantear expresamente en la demanda la pretensión de prohibición de reanudación.⁸⁶

1.3.- La retirada del comercio de los ejemplares ilícitos y su destrucción (artículo 139. 1. c. LPI)

Es necesario señalar que en la pretensión de retirada de los ejemplares ilícitos, y que en determinados casos se les denomina “piratas”, se incluyen aquellos ejemplares en los que haya sido suprimida o alterada sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos o cuya protección tecnológica haya sido eludida. Además, esta medida se ejecuta a expensas del infractor, salvo que se aleguen razones fundadas para que no sea así.

Para que proceda esta pretensión es necesario tener en cuenta dos situaciones: en primer lugar, el momento en el que la actividad infractora ha comenzado a desarrollarse y, en segundo lugar, si ya se materializaron los ejemplares piratas. En caso que la

⁸⁵ GASTÓN DE IRIARTE, Santiago, “Consideraciones sobre las especialidades... op.cit., pag. 523; MUERZA ESPARZA, Julio J., *Aspectos procesales...*, pag. 29; JIMÉNEZ VILLAREJO, José, “La responsabilidad civil dimanante de las infracciones de la propiedad intelectual”, *Revista Poder Judicial*, Nro. Especial IX, CGPJ, 1988, pag. 362.

⁸⁶ Al respecto podemos citar las siguientes sentencias: SAP de Ávila, de 14 de enero 1998 (AC 1998/2770); SAP de Salamanca de 28 de enero 1997 (AC 1997/399); SAP de Zaragoza, Sección 5ª., de 8 de setiembre 1997 (AC 1997/498); SAP de Huesca, de 17 de diciembre 1996 (AC 1996/2315); SAP de Cantabria, Sección 3ª. de 4 de octubre 1995 (AC 1995/2010); SAP de Sevilla de 18 de julio 1994 (AC 1994/1354).

actividad ilícita se haya iniciado pero no se haya concretado en ejemplares piratas susceptibles de aprehensión, sólo se podrá solicitar el cese de la actividad e incluso la inutilización de los instrumentos destinados a la reproducción de los ejemplares, pero no procederá la remoción. Y cuando la actividad ilícita ha finalizado y es imposible la retirada del comercio de los ejemplares piratas, sólo procederá el pedido de indemnización, siendo imposible el amparo de la pretensión de remoción.

En principio, para que proceda la retirada del comercio de los ejemplares ilícitos, significa que la obra protegida fue ilícitamente reproducida y posteriormente distribuida. Es decir que la actividad infractora de reproducción ilícita ya se consumó, e incluso en la mayoría de casos los bienes se encuentran a disposición de cualquier probable comprador; por lo tanto la retirada del comercio no puede solicitarse como una pretensión autónoma, sino que irá acumulada a una de cesación de la actividad ilícita de reproducción, o de cese de distribución, o de cesación de ambas conductas. En la práctica el caso más frecuente, es la solicitud de retirada del comercio de una obra, ya sea libro, fonograma o videograma, que ha sido ilícitamente reproducido y posteriormente ilícitamente distribuido.⁸⁷

La pretensión de remoción de los ejemplares, conlleva además la pretensión de destrucción de los mismos, es decir que una vez se haya ejecutado la remoción y el actor tenga los bienes a su disposición, éste podrá optar por la destrucción de los bienes o de lo contrario podrá optar por que le sean entregados a precio de coste y a cuenta de su indemnización. Así lo establece el numeral 3 del artículo 139 LPI. Si bien era necesario mencionarlo en este momento, más adelante profundizaremos acerca de esta pretensión o, mejor dicho, opción con la que cuenta el actor vencedor.

⁸⁷ Podemos señalar la siguiente jurisprudencia: STS, Sala 1ª. de 7 de junio 1995, RJ 1995/ 4628; STS Sala 1ª. de 5 de mayo 1998, RJ 1998/3235; STS 1ª. de 9 de junio 1998, RJ 1998/4677; STS, Sala 1ª., de 15 de diciembre 1998; RJ 1998/ 10149; STS, Sala 1ª. de 15 de julio 1999, RJ 1999/5954.

1.4.- La retirada de los circuitos comerciales, la inutilización, y, en caso necesario, la destrucción de los moldes, planchas, matrices, negativos y demás elementos materiales, equipos o instrumentos destinados principalmente a la reproducción, a la creación o fabricación de ejemplares ilícitos (artículo 139. 1. d. LPI)

En principio aquí se comprenden dos pretensiones distintas, la primera es la retirada de los circuitos comerciales, y la segunda es la inutilización y en determinados casos la destrucción de moldes, planchas, matrices, etc. destinados a la realización de la actividad ilícita.

La retirada de circuitos comerciales es una pretensión nueva, incorporada por la Ley 23/2006 del 7 de julio, que modificó entre otros este artículo de la Ley de Propiedad Intelectual. Esta pretensión busca que se retiren los circuitos comerciales utilizados para la reproducción ilícita de una obra protegida, es decir que a diferencia del anterior punto, esta vez la ley no se refiere a la retirada de los bienes que constituyen el producto de la reproducción ilícita, sino que va más allá y busca la retirada de los circuitos destinados por el infractor para realizar la actividad ilícita; entonces esta vez la pretensión de retirada recae sobre otro tipo de bien, en el presente caso se refiere a los circuitos, programas de ordenador, memorias de ordenador, etc. que son utilizados por el infractor para cometer la actividad indebida.

La pretensión de inutilización busca que todos los bienes materiales con los cuales se lleva a cabo la actividad infractora de reproducción, creación o fabricación de ejemplares ilícitos, no puedan seguir siendo utilizados en la actualidad y además impedir que se utilicen en el futuro, es decir que lo que se busca es evitar el funcionamiento o empleo de los moldes, planchas, matrices, negativos, elementos materiales, equipos u otros instrumentos.⁸⁸ Esta pretensión de inutilización se acumula a la pretensión de cesación de reproducción ilícita, desde este punto de vista la

⁸⁸ CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios...op.cit.*, pag. 1778.

inutilización se convierte en un instrumento de ejecución del pronunciamiento principal de cesación.⁸⁹

Otra pretensión es la destrucción de los instrumentos utilizados para la realización de la actividad infractora, aquí también la Ley 23/2006 introdujo una modificación importante, puesto que anteriormente la LPI obligaba a que para que proceda a la destrucción de los instrumentos, el actor debía probar que éstos se utilizaban “exclusivamente” para realizar la actividad ilícita. Esto ha cambiado, puesto que ahora ya no se exige la “exclusividad” ahora sólo se necesita acreditar que estos instrumentos se encuentran “principalmente” destinados a la actividad infractora, es decir que cuando se establezca que estos instrumentos son empleados normalmente para cometer la infracción, se procederá a la inutilización o destrucción de los mismos. Antes de la modificación, la LPI exigía que el destino de estos instrumentos fuera “exclusivamente” para la actividad infractora, la evolución en la regulación de la ley ha hecho posible esta modificación, dado que en la práctica era difícil, si no imposible para el actor, probar la “exclusividad” del destino de estos instrumentos, ahora simplemente debe acreditar que se utilizan “principalmente” para realizar la actividad infractora. Además con esta modificación, se eliminaron también las discusiones doctrinales que surgieron acerca de una inversión de la carga de la prueba.

1.5.- La remoción o el precinto de los aparatos utilizados en la comunicación pública no autorizada de obras o prestaciones, así como de aquellas en las que se haya suprimido o alterado sin autorización la información para la gestión electrónica de derechos, en los términos previstos en el artículo 162, o a las que se haya accedido eludiendo su protección tecnológica, en los términos previstos en el artículo 160 (artículo 139. 1. e LPI)

Esta pretensión busca que se retiren de la posesión del infractor todos aquellos aparatos que utiliza para realizar la actividad ilícita de comunicación pública de una obra protegida, esto es, cuando no cuenta con la autorización del autor o no ha cumplido con pagar la contraprestación a la correspondiente entidad de gestión. Esta pretensión

⁸⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal civil*, con MASCARELL NAVARRO, M^a. J. CÁMARA RUIZ, JUAN SÁNCHEZ, R., BONET NAVARRO, J., BELLIDO PENADÉS, R., CUCARELLA GALIANA, L., MARTÍN PASTOR, J., Pamplona, 2002, pag. 910.

irá acumulada a la de cesación de la actividad ilícita de comunicación pública, y una vez que sea amparada ésta, se procederá a la remoción de los aparatos con los cuales se ejecuta la infracción.

Debemos señalar que se debe entender como “aparatos”, todos aquellos instrumentos técnicos como televisores, equipos reproductores de sonido y/o imagen, amplificadores, pantallas, proyectores, etc., sin los cuales la actividad ilícita de comunicación pública no podría ser realizada.⁹⁰

La LPI permite que el titular de los derechos de autor tenga la alternativa de escoger cuál es la pretensión que solicita, puesto que podrá pedir o bien la remoción o si no el precinto de los aparatos antes detallados. La remoción significa la retirada del establecimiento público en el que se efectúa la actividad ilícita, de los aparatos utilizados para la infracción; mientras que el precinto significa una ligadura o señal sellada que se cierra sobre los aparatos mencionados, con el fin de que no se utilicen, sino cuando y por quien corresponda legalmente, es decir que cuente con la autorización. El órgano jurisdiccional sólo amparará una de las dos pretensiones, ya sea de remoción o precinto.⁹¹

Este artículo se refiere también específicamente a evitar que se realice la comunicación pública de obras en las que se haya suprimido la información para la gestión electrónica de derechos, y para tener claro que significa esto, el apartado 2 del artículo 162 LPI señala que debe entenderse como toda información facilitada por los titulares que: a) identifique la obra o prestación protegida, b) identifique al autor o cualquier otro derechohabiente, c) indique las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, y/o d) indique cualesquiera números o códigos que representen dicha información. Con la condición de que todos estos elementos de información se encuentren directamente asociados al ejemplar de la obra o prestación protegida, o también cuando aparezcan en conexión con su comunicación al público.

⁹⁰ CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios...op.cit.*, pag. 1777.

⁹¹ Así podemos citar las siguientes sentencias: SAP de Baleares Sección 5ª. de 28 de setiembre 1998 (AC 1998/1872); AAP de Vizcaya, Sección 4ª., de 27 de abril 1999 (AC 1999/914); SAP de Rioja, de 5 de julio 1995 (AC 1995/1379); SAP de Barcelona, Sección 15ª, 15 febrero 1996 (AC 1996/490); SAP de Ávila de 14 de enero 1998 (AC 1998/2770); SAP de Barcelona, Sección 15ª., de 8 de julio 1998 (AC 1998/1613); AAP de Sevilla de 2 de febrero 1999 (AC 1999/3572).

Por otra parte, esta pretensión busca evitar la comunicación pública de las obras en las que se han suprimido las denominadas “medidas tecnológicas de protección”, y para entender estas últimas, la LPI da una definición en el numeral 3 del artículo 160. De acuerdo a la ley, se entiende por “medida tecnológica” a toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas. Las medidas tecnológicas se consideran eficaces cuando el uso de la obra o de la prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos de autor, ya sea mediante la aplicación de un control de acceso, o un procedimiento de protección como son la codificación, aleatorización, u otra transformación de la obra o prestación, además de cualquier mecanismo de control de copiado, que logre proteger el bien tutelado.

1.6.- El comiso, la inutilización y, en caso necesario, la destrucción de los instrumentos, con cargo al infractor, cuyo único uso sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador. Las mismas medidas podrán adoptarse en relación con los dispositivos, productos o componentes para la elusión de medidas tecnológicas a los que se refiere el artículo 160 y para suprimir o alterar la información para la gestión electrónica de derechos a que se refiere el artículo 162 (artículo 139. 1. f LPI)

Esta pretensión se refiere específicamente a los programas de ordenador, lo que se pretende es la desposesión del infractor de los instrumentos con los que cuenta para neutralizar los dispositivos técnicos utilizados para proteger los programas de ordenador. Técnicamente los programas de ordenador cuentan con unos dispositivos de seguridad que hacen prácticamente imposible hacer una copia de los mismos, o utilizarlos sin consentimiento del titular del derecho de autor; pero el avance tecnológico en lo que se refiere a programas informáticos ha ocasionado que existan instrumentos que hacen posible evitar esos dispositivos de seguridad, pudiendo obtener cuantas copias uno quiera de los programas de ordenador.⁹² A estas copias de un programa de ordenador se les denomina usualmente como “piratas”.

⁹² MONTERO AROCA, Juan, *La legitimación colectiva de las entidades de gestión en la propiedad intelectual*, Granada, Comares, 1997. Y las entidades de gestión y legitimación colectiva, *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información, perspectivas del derecho civil, penal,*

Esta pretensión irá acumulada a una de cesación de distribución o circulación de esos instrumentos con los cuales se sortean los dispositivos de seguridad, puesto que sólo se infringirán los derechos de autor cuando se distribuya o comercialicen estos instrumentos. Es necesario señalar que esta actividad ilícita de distribución, puede realizarse a través de la transferencia electrónica entre ordenadores, es decir sin la existencia de bienes muebles o soportes físicos que contengan los programas de ordenador.⁹³ Por lo tanto lo que se pretende impedir es la circulación de estos instrumentos; puesto que de por sí no constituyen una infracción al derecho de autor, debe existir una comercialización de los mismos con fines de lucro; con esto afirmamos que la simple posesión de estos instrumentos no constituye infracción.

La pretensión comprende tanto el comiso, como la consecuente inutilización de los instrumentos, puesto que sólo una vez que se haya desposeído al infractor de los instrumentos es que se procederá a la inutilización de los mismos, impidiendo que se puedan seguir utilizando o se utilicen en el futuro. En caso que sea estrictamente necesario, se procederá a la destrucción de estos instrumentos, y además esta destrucción correrá por cuenta del infractor.

Esta pretensión puede solicitarse, cuando los instrumentos, dispositivos, productos o componentes sean utilizados para eludir las medidas tecnológicas establecidas en el artículo 160, estas medidas son una especie de control de acceso, o un procedimiento de protección como una codificación o aleatorización, que introduce el titular de la obra precisamente para evitar una probable copia. De la misma forma esta pretensión se puede solicitar, cuando los instrumentos se utilizan para suprimir o alterar la información para la gestión electrónica de derechos, establecidos en el artículo 162; esta información constituye toda información facilitada por los titulares que identifique la obra protegida, identifique al autor, indique las condiciones de utilización de la obra o prestación y/o indique cualesquiera números o códigos que representen dicha información. Creemos que es muy loable la tarea del legislador que trató de comprender todas estas situaciones específicas, con la finalidad de abarcar cualquier tipo de infracción que se pudiera cometer contra estos derechos de autor especiales.

procesal e internacional privado, Granada, Comares. 1998, pags. 61 y sgtes. VILALTA, Esther, *Acciones relacionadas con la propiedad intelectual*. Editorial Mayo, 1999.

⁹³ DELGADO ECHEVARRÍA, Jesús, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, (director: Manuel Albaladejo) T. XII, Vol. 2o, Revista de derecho Privado, Madrid, 1981, pag. 1514.

1.7.- La remoción o el precinto de los instrumentos utilizados para facilitar la supresión o la neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger obras o prestaciones aunque aquélla no fuera su único uso (artículo 139. 1. g LPI)

Esta pretensión busca que se retire o impida el funcionamiento de aquellos instrumentos que se utilizan para suprimir los dispositivos técnicos de protección de obras. Como señalábamos anteriormente es usual que toda obra o prestación tecnológicas cuenten con un dispositivo de protección, para evitar que ésta sea copiada. Pero de la misma forma existen instrumentos que se emplean para evadir o sortear estos dispositivos de protección, entonces lo que se pretende es remover o precintar estos instrumentos, dejando al infractor sin la herramienta que utiliza para realizar la actividad ilícita.

A diferencia de la pretensión de remoción o precinto establecida en el artículo 139.1.e LPI, aquí no se busca evitar la comunicación pública de las obras en las que se ha suprimido los dispositivos de protección, sino que lo que se pretende es remover o precintar los instrumentos que se utilizan para evadir la protección técnica. Como es evidente estas pretensiones se acumularán, puesto que la primera pretende evitar la comunicación pública, mientras que la segunda busca evitar que se siga evadiendo la protección técnica con la que cuentan algunas obras o prestaciones.

Esta pretensión da un amplio margen de protección a las obras o prestaciones que cuenten con estos sistemas de protección técnica, puesto que se procederá a la remoción o precinto de los instrumentos, aunque éstos puedan ser utilizados para otros fines. Es decir, a pesar de que el infractor acredite que estos instrumentos pueden utilizarse para otras actividades diferentes a las de infracción, se procederá a la remoción o precinto de los mismos. Esta situación responde a que en la práctica, es imposible que estos instrumentos utilizados por el infractor, tengan esa función exclusiva, por lo general estos instrumentos cumplen otras funciones; pero en la práctica es muy común que se encuentren estos instrumentos en verdaderos “talleres” dedicados a la infracción de los derechos de autor. En conclusión, lo que se pretende es eliminar el peligro de que se vuelva a producir la infracción en el futuro, ampliando de esta forma la protección de la obra.

1.8.- La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (artículo 139. 1. h LPI)

Existen ocasiones en las que la infracción de los derechos de autor es realizada no por un solo sujeto, sino por varios infractores. Éstos pueden trabajar en forma conjunta o separada, pero sus actividades y el resultado final tienen una íntima relación, puesto que cada uno realiza una actividad que es necesaria para que se consuma otra, y que al final desencadenará una última actividad que constituya en sí una infracción a los derechos de autor. Es decir, que para que se consuma una infracción es necesario que se materialice una cadena de actividades, donde la primera es la causa de la segunda, y la segunda es causa de la tercera, y así sucesivamente. Aquí podemos apreciar que existe un nivel de intervención en cada uno de estos infractores, algunos con mayor importancia que otros, pero todos confluyen para que al final se consuma una verdadera infracción del derecho de autor.

Esta pretensión busca suspender los servicios que prestan algunos intermediarios que colaboran de alguna u otra manera, para que el infractor pueda realizar la actividad ilícita. Es decir que lo que se pretende paralizar no es la actividad infractora directamente, sino los servicios que prestan los intermediarios a favor de terceros, cuya actividad final constituye la infracción al derecho de autor. El objetivo es evitar la infracción desde la raíz, es decir que si el infractor final no cuenta con los servicios que le presten terceras personas, o los intermediarios de éstos, entonces estará imposibilitado de realizar efectivamente la infracción.

Este artículo es muy específico, puesto que excluye expresamente los servicios de intermediación regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio, Ley de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico. El artículo 11 de esta ley establece cuáles son los deberes de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, a través de los cuales se pueden infringir los derechos de autor. Además se establece claramente que los intermediarios cuando reciben una orden de la autoridad judicial o administrativa, que disponga la interrupción de los servicios que vienen prestando, deberán suspender de inmediato dicha colaboración. En otras palabras, se

ordena que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación. Esta orden deberá cumplirse de inmediato y bajo responsabilidad.

Esta pretensión también se encuentra establecida en el tercer párrafo del artículo 138, siempre refiriéndose a los intermediarios y a su colaboración necesaria para que se realice la actividad infractora, sin importar que esta actividad de por sí no constituya una infracción, por lo que ésta podrá ser suspendida.

2.- La pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios (artículo 140 LPI)

Esta pretensión busca reparar los daños que realmente se hayan ocasionado al titular de los derechos de autor, con la actividad infractora. De acuerdo al carácter especial de los derechos de autor, los daños que se ocasionen pueden ser de dos clases: a) daño patrimonial cuando se infrinjan los derechos de explotación; y, b) daño moral cuando se infringen los derechos personales del autor, esto está concordado con el artículo 14 LPI.

Debemos señalar que para ejercitar la pretensión de indemnización de daños y perjuicios, no es necesario que la actividad infractora se esté realizando en ese momento, sino que podrá solicitarse aún cuando la actividad ilícita ya haya cesado; aquí es donde radica una diferencia importantísima con la pretensión de cesación.

Al igual que en todas las indemnizaciones de daños y perjuicios, es necesario que se acredite la relación de causalidad que debe existir entre la actividad infractora y el resultado dañoso sobre el derecho de autor tutelado. Además debe acreditarse también el elemento intencional del infractor que ocasionó los perjuicios.

El monto de la indemnización por daños y perjuicios, se determina a elección del titular de los derechos de autor, utilizando alguno de estos dos criterios: a) La pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita; y b) La cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el

derecho de autor en cuestión. En la práctica, en vez de preferir la primera opción, dado que es muy difícil acreditar los daños sufridos por la pérdida de los beneficios, se opta por la segunda opción, esto es la remuneración que hubiera obtenido el autor de haber autorizado la utilización de la obra.⁹⁴ En este caso el lucro cesante consistirá en el razonable precio del mercado que el autor hubiese obtenido en caso de haber pactado la explotación.⁹⁵

Los daños morales, deben de acreditarse fehacientemente, puesto que no toda infracción a los derechos de autor significa que se haya producido un daño moral. El titular de los derechos de autor tiene la carga de probar la existencia de la intromisión en su derecho como autor, es decir acreditar los hechos que determinaron la infracción y las circunstancias de la misma. Por su parte el infractor podrá acreditar que la intromisión que se le imputa, no constituye un daño moral en perjuicio del autor.⁹⁶

En la práctica se podría materializar una infracción de los derechos morales a la integridad de la obra y a la retirada de la misma por cambio de las condiciones científicas, morales o estéticas, cuando se modifica la obra de tal manera que atente contra el honor del autor, produciendo una afrenta o desmerecimiento en el prestigio profesional o en la propia consideración del autor. En efecto, el no respeto a la integridad lleva a que al autor se le siga asociando con una obra cuando ya no desea más que así sea, lo que a sus propios ojos implica una afrenta a su consideración personal y prestigio artístico, al ver él cómo su obra, y por ende, él mismo, son asociados con una versión mutilada que, según expresa el propio artículo 14 LPI, puede crear un perjuicio para el honor de dicho autor, es decir un daño moral.⁹⁷

Otro caso distinto, es la infracción del derecho moral de acceso al ejemplar único o raro de la obra, puesto que en realidad no se causa un daño moral y más claramente, por el contrario, se causa o puede causar un daño de carácter puramente patrimonial. En este caso el ejercicio del derecho de acceso al ejemplar único o raro de

⁹⁴ En este sentido la STS Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2007 (Tol 1116553).

⁹⁵ DIEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis María y GULLÓN, Antonio, *Sistema de...op.cit.*, pag. 1698.

⁹⁶ CÁMARA ÁGUILA, M^a. del Pilar, *El derecho moral del autor (con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Comares, Granada 1998, pag. 417; RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel, *Comentarios a la LPI...op.cit.*, pag. 516.

⁹⁷ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y otro, Vicente, *Daños y perjuicios en...op.cit.* pag. 33.

la obra suele efectuarse como facultad que permite al autor, que ha enajenado dicho ejemplar único o raro, ejercer el resto de propiedades de explotación cuando ha conservado las mismas (algo propio de la separación conceptual entre obra y soporte, tal y como reflejan los arts. 3 y 56 LPI). El ejemplo es el de un pintor que en los inicios de su carrera ha vendido los originales de su obra sin enajenar los derechos de explotación o, como mucho, sólo ha enajenado o cedido el derecho de exhibición, aún de forma presunta de conformidad con lo previsto en el artículo 56 LPI. Más tarde habiendo adquirido cierto renombre, el autor decide que puede ganar bastante dinero, mediante una explotación, de tipo secundaria, como es la realización de postales. Más tarde decide ampliar el catálogo de obras sometidas a dicha explotación a todo el repertorio de sus obras, de las que no ha enajenado o cedido en alguna manera en exclusiva el derecho de reproducción y distribución mecánica. El derecho de acceso al ejemplar único o raro de la obra está pensado para estos supuestos, para que el autor pueda realizar los *masters* o contactos de reproducción que permitan hacer las postales. Si el adquirente de dichos ejemplares le deniega el acceso, el daño que se provoca es fundamentalmente patrimonial, constituido por el lucro cesante o pérdida de los beneficios que se habrían obtenido con la explotación que materialmente requería de tal acceso al ejemplar único o raro de la obra.⁹⁸

Debemos diferenciar la tutela preventiva de la propiamente resarcitoria del art. 140 LPI, pensada para indemnizar los daños y perjuicios que se hayan consumado a través de la infracción de los derechos protegidos. Si bien es cierto que algo de reparador hay también, en la pretensión de cesación, desde el momento en que se pretende la erradicación de una actividad considerada ilícita y la remoción de sus efectos. Pero el carácter de la pretensión es, sobre todo, preventivo, al estilo de lo que establece para la generalidad de los casos el artículo 7.2 Código Civil, *in fine*, cuando advierte que las actuaciones constitutivas de abuso del derecho darán lugar “a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medida judiciales o administrativas que impidan la persistencia en el abuso”.⁹⁹ La diferencia radica en que la pretensión indemnizatoria busca reparar el daño ya ocasionado, mientras que la pretensión de cesación pretende evitar que continúe la infracción a los derechos de autor.

⁹⁸ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y otro, *Daños y perjuicios...* op.cit. pags. 35 y 36.

⁹⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y otro, *Daños y perjuicios...* op.cit., pags. 54 y 55

Se presume que la infracción de un derecho moral del artículo 14 LPI produce un daño moral. Sin embargo, como lo señalamos anteriormente, caso diferente se presenta cuando se produce la infracción de un derecho patrimonial no lleva consigo, necesariamente, la existencia de un daño moral.¹⁰⁰

La falta de autorización o consentimiento por parte del autor del argumento de un “Concurso Televisivo” en la emisión de éste, ha de considerarse elemento suficiente para originar un perjuicio moral en el demandante en cuanto se trata de un profesional que ejerce su actividad en medios de comunicación y la emisión de una obra, en la que ha participado activamente, sin reconocérsele su aportación, supone una clara lesión a su nombre en el ambiente profesional que le es propio. El mismo artículo 140 admite la procedencia de la indemnización por daño moral, aún no probada la existencia de perjuicio económico.¹⁰¹

Como criterios indemnizatorios se deben tener en cuenta las circunstancias de la infracción, la gravedad de la lesión y el grado de difusión ilícita de la obra.¹⁰²

Para explicar la LPI respecto a la novedad de la norma liquidatoria como la del artículo 140 es preciso considerar, el modelo tomado por el legislador español. Se trata del modelo alemán. Antes de la aparición del propio Código civil alemán, el RG sentó la doctrina de que la indemnización a pagar por los daños a derechos inmateriales admitía una *dreifache Schadenberechnung*: el daño real (daño emergente y lucro cesante), o bien, a elección del acreedor, una remuneración equivalente al valor de

¹⁰⁰ STS 13 de diciembre 1993, “pero ello no significa que la acción encaminada al reconocimiento del derecho conduzca siempre a la producción de un daño moral”.

¹⁰¹ LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, “La Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual en la Jurisdicción Civil”, en *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales*, dirigido por MONTES PENADÉS, Vicente Luis, CGPJ, Madrid, 2008, pag. 125. Al respecto la SAP Madrid núm. 96/2005 (Sección 20.ª) de 17-02 ACC 2005/426). En análogo sentido se pronuncia la SAP Asturias 10 de octubre 2006 (repetición de programas). Una novedad importante es que los daños reclamables comprenden los gastos de investigación de la infracción (gastos del propio personal SAP Barcelona 12 de junio 2001).

¹⁰² LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, “La Protección de los Derechos... op.cit., pags. 124 y 125. La jurisprudencia señala lo siguiente: “Consideramos adecuado establecer una cuantía única por ambos conceptos, para cuya determinación ha de tenerse en cuenta, junto a los criterios antes indicados, las circunstancias que se dan en el supuesto concreto y muy especialmente el que la obra cuya protección se otorga viene referida a la Idea y Argumento previo a un Concurso Televisivo y que la misma fue ofrecida y puesta en el mercado por el autor ofresiéndosela a tres cadenas televisivas, ninguna de las cuales aceptó inicialmente, por lo que ponderando todas esas circunstancias se considera adecuado por este Tribunal como reparación total del daño causado la suma de Treinta mil euros (30 000)” SAP Madrid núm. 96/2005 (Sección 20ª) 17 febrero (AC 2005/426). En el mismo sentido la STS Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2007 (Tol 1060329).

cesión del derecho en el mercado (*angemessene Lizenzgebuhr*), o la restitución a éste del lucro obtenido por el infractor con la inferencia en el derecho ajeno. Este principio de liquidación polivalente del daño fue fundamentado en las normas del Digesto referidas a la *petitio hereditatis* y a la gestión de negocios ajenos (más tarde, artículo 687.11 BGB).¹⁰³

2.1.- Legitimación activa

La LPI reconoce legitimación activa para ejercer la pretensión de violación al titular del derecho es decir al mismo autor, al cesionario (también *per facta concludentia*¹⁰⁴), al comunero y también por legitimación propia a las entidades de gestión y no sólo en relación con los derechos de gestión colectiva obligatoria (como el derecho de comunicación pública de los productores de obras audiovisuales, es necesario presentar la certificación prevista en el artículo 150.2 LPI). No se exige, obviamente, la inscripción en el registro en caso de cesión.¹⁰⁵

2.2.- Legitimación pasiva

Pueden ser demandados por violación de un derecho de autor todos los que participen en la misma. Cada acto de violación es un acto de infracción independiente y no es necesario demandar a todos los partícipes en el mismo.

La legitimación pasiva corresponde a quien realice cualquier infracción de los derechos reconocidos en la LPI.¹⁰⁶ No hace falta demandar a todos los infractores pues existe responsabilidad solidaria, denominada *in solidum*.¹⁰⁷ Hay igualmente legitimación pasiva de los intermediarios a los que ha recurrido el infractor para cometer la infracción, así lo establece ahora el artículo 138, 3er. párrafo de la LPI. Se

¹⁰³ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las Medidas Cautelares en...* op.cit., pags. 1691 a 1692.

¹⁰⁴ Al respecto la STS 20 de junio 2006.

¹⁰⁵ LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, “La Protección de los Derechos...” op.cit., pag. 116.

¹⁰⁶ La SAP Madrid, 11 de octubre 2006 (Círculo de Bellas Artes, responsabilidad por aval o *endorsement*) considera que el que arrienda un local en el que se procede a la comunicación pública de fonogramas debe responder cuando aparecía en los programas con su logo y controlaba la realización del acto.

¹⁰⁷ SAP León 12 de julio 2006, en relación con el derecho de autor sobre señalizadores de rutas de senderismo, en la sentencia se señala que no es necesario demandar a la Administración usuaria de los derechos; es posible, sin embargo demandar sólo a la Administración, fiestas del Ayuntamiento de León, STS 24-11-2006.

trata de una modificación introducida por la Ley 23/2006, no es un caso de legitimación necesaria, sino potestativa, ya que el intermediario no necesariamente cometerá una infracción. En este punto prevalece la Ley de Servicios de la Sociedad de la Información¹⁰⁸, puesto que en el artículo 16 determina cuál es la responsabilidad en materia de responsabilidad de los prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos.¹⁰⁹

2.3.- Particularidades de la prueba

En el ámbito de los derechos de autor no cobra tanta trascendencia como para las patentes la prueba pericial. Sin embargo, en caso de daños y perjuicios siempre será relevante la prueba pericial, salvo en lo relativo al daño moral en el que los Tribunales siguen un criterio bastante laxo en materia probatoria. Conforme a los principios generales de distribución de la carga de la prueba, corresponde probar los hechos eximientes al que los alega. Se ha admitido jurisprudencialmente una inversión de la carga de la prueba por el principio de facilidad probatoria. Por lo tanto será el demandado quien tenga que probar que no ha cometido la infracción o que no está usando el repertorio de las entidades de gestión ó que se encuentra dentro de alguna eximiente como es el caso de los diferentes derechos de licencia gratuita, como copyleft, anticommons, etc.¹¹⁰

2.4.- Prescripción

Según lo dispuesto por el artículo 140.3 LPI, la pretensión de indemnización de daños y perjuicios prescribe a los cinco años desde que pudo ejercitarse. En cambio, la cesación y de remoción, podrán solicitarse mientras la violación se siga produciendo; tal como lo señalamos anteriormente, la continuación de la actividad infractora es la característica que las diferencia abismalmente.

¹⁰⁸ SAP Huelva, 15 de marzo 2004: "... no hay responsabilidad del que sigue instrucciones para creación de página web".

¹⁰⁹ LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, "La Protección de los Derechos de Propiedad... op.cit., pags. 16 y 17.

¹¹⁰ Así lo dispuso la SJMerc Alicante de 10 de julio 2006. También al respecto resolvió la SAP Segovia 7 de diciembre 2006, que estima acreditado que no hay uso del repertorio de la SGAE, porque la televisión instalada en el establecimiento sólo se usaba para eventos deportivos.

2.5.- Tribunal competente

El tribunal competente para la pretensión de indemnización de daños y perjuicios, es el Juzgado de lo Mercantil del domicilio del demandado, o del lugar donde se produjo el daño o se manifestaron sus efectos.¹¹¹

3.- Pretensión de publicación de la sentencia (artículo 138 LPI)

Esta pretensión busca el reconocimiento de toda la colectividad respecto de la titularidad del derecho de autor. Después de haber llevado a cabo un proceso, obteniendo una sentencia favorable, el titular del derecho de autor podrá exigir que el contenido de la resolución definitiva sea publicado. La Ley General de Publicidad contempla en el artículo 31.c, la publicación total o parcial de la sentencia estimatoria.¹¹²

Es evidente que esta pretensión va acumulada accesoriamente a otra, y sólo cuando sea estimada judicialmente esta última, es que se logrará la publicación de la misma.¹¹³

Debemos tener claro en qué supuesto la publicación es idónea para satisfacer el interés del titular de los derechos lesionados. En principio creemos que la pretensión meramente declarativa de los derechos de autor es la pretensión principal a la cual se acumula la pretensión de publicación, puesto que el interés del titular del derecho es que se declare judicialmente su condición de autor, y con el otorgamiento de la publicación de la sentencia estimatoria se pondría en conocimiento de toda la colectividad quién es el verdadero autor de la obra, y quién en su lugar habría tomado el título de autor sin serlo, de esta forma se pondría en evidencia que la titularidad de ese derecho ha sido negada, discutida o usurpada.¹¹⁴

¹¹¹ LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, “La Protección de los Derechos de Propiedad... op.cit., pags. 119.

¹¹² BARONA VILAR, Silvia, *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999, pag. 270.

¹¹³ STS Sala de lo Civil, de 12 de Junio de 2007 (Tol 1106827).

¹¹⁴ MORO ALMARAZ, M^a. Jesús, “Instrumentos para la protección de los derechos reconocidos en la LPI. Comentarios a los artículos 123 a 131”, *Revista Poder Judicial*, Nro.16, pag. 76.

Otro supuesto en el que el interés del titular sería satisfecho a través de la publicación, es en caso que los ejemplares piratas, incompletos, o deformados de una obra hayan sido totalmente distribuidos; porque en ese momento el interés del autor es que los terceros adquirientes sean advertidos de la ilicitud de los ejemplares que obtuvieron de buena fe. Lo que pretende el autor es que se conozca públicamente la titularidad de esos derechos atacados, despejándose cualquier duda, confusión o incertidumbre que haya generado en el público dicha infracción.¹¹⁵

La publicación se hace a costa del condenado mediante anuncios y notificaciones a las personas interesadas. La publicación puede ser mediante anuncios en prensa, televisión y otros medios y también mediante notificaciones a personas interesadas (distribuidores, comercializadores, asociaciones de empresarios, etc.). Tendrá que ser solicitada la publicación y la forma concreta de la misma en la demanda y otorgada por el Tribunal con arreglo a las circunstancias del caso. El Tribunal también ha de decidir qué se publica (sentencia íntegra, fallo, extracto). Es también posible que el beneficiado por el fallo pueda publicar la sentencia a su costa, al menos cuando la sentencia es firme. Dicha posibilidad se ampara en el principio constitucional de libertad de expresión.¹¹⁶

La publicación de la sentencias condenatoria posee una clara eficacia ofensiva y disuasoria respecto de terceros. Tiene que perfilarse adecuadamente en el *petitum* de la demanda qué es lo que se solicita¹¹⁷. Esta pretensión es autónoma en el Derecho de propiedad intelectual e industrial, en cambio en la competencia desleal queda englobada dentro de la pretensión de resarcimiento.¹¹⁸

¹¹⁵ BELLIDO PENADÉS, Rafael, *La tutela frente a la competencia desleal*, Comares, Granada, 1998, pag. 138; BARONA VILAR, Silvia, *Competencia desleal*, Tirant lo blanch, 1999, pag. 171; YZQUIERDO TOLSADA, Mariano, *Aspectos civiles del nuevo código penal*, Dykinson, Madrid, 1997, pag. 376.

¹¹⁶ LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, “La Protección de los Derechos de Propiedad... op.cit., pags. 132.

¹¹⁷ SAP Navarra 13 de junio 1996, RGD 1997, pag. 11008.

¹¹⁸ Los tribunales suelen ser reacios a esta publicación, así por ejemplo en el caso Autocity dice el Juzgado de Marca Comunitaria de Alicante: “sólo cuando es conveniente tiene sentido imponer esta publicidad a costa del demandado, sin perjuicio de que el actor puede difundir la noticia siempre que lo haga de forma adecuada” STS 18 de enero 2007 (pags. 132 y 133). Igualmente en sentencia del J. MErc. n.º 2 de Madrid 25 de septiembre 2006 (La Oreja de Van Gogh, La Ley, 21 de marzo 2007) no se estima precedente la condena a la publicación de la sentencia. La SAP Barcelona 29 de septiembre 2006 señala como modalidad de publicación de la sentencia la publicación en la página web de la demandada (que había permitido descargas gratuitas de programas protegidos por derechos de autor).

Es de aplicación lo establecido en el artículo 707 LEC, referido a la publicación de la sentencia en medios de comunicación, señalando lo siguiente: “Cuando la sentencia ordene la publicación o difusión, total o parcial, de su contenido en medios de comunicación a costa de la parte vencida en el proceso, podrá despacharse ejecución para obtener la efectividad de este pronunciamiento, requiriéndose al ejecutado para que contrate los anuncios que resulten procedentes. Si el ejecutado no atendiere el requerimiento en el plazo que se le señale, podrá contratar la publicidad el ejecutante, previa obtención de los fondos precisos con cargo al patrimonio del ejecutado de acuerdo con lo que dispone el apartado 2 del artículo anterior”.

4.- Prohibición de la actividad infractora antes de su consumación

Esta pretensión se ejercitará cuando existen una serie de preparativos para que empiece a desarrollarse una actividad ilícita, pero ésta no ha empezado aún a realizarse. Entonces lo que se busca es evitar que la infracción llegue a realizarse, prohibiendo que ésta se ejecute.¹¹⁹

En toda actividad infractora de los derechos de autor se pueden diferenciar dos momentos totalmente diferentes, uno es la actividad preparatoria y el otro es la ejecución de la explotación ilícita. Entonces la pretensión de prohibición busca evitar que las acciones preparatorias continúen y por ende nunca se llegue a consumir la actividad infractora.

Si bien es cierto que la LPI no establece expresamente la prohibición del inicio de una actividad ilícita, se puede desprender claramente del artículo 141 LPI, que en sede de tutela cautelar, establece que en caso que exista temor racional y fundado que una infracción al derecho de autor vaya a consumarse, el titular del derecho puede solicitar las medidas que considere necesarias para evitar la infracción. La tutela cautelar no puede concebirse si no es en relación con una pretensión principal; uno de los presupuestos que condicionan la adopción de las medidas cautelares consiste en el

¹¹⁹ MUERZA ESPARZA, Julio J., *Aspectos procesales....*, pag. 29; BELLIDO PENADÉS, Rafael, *La tutela frente a la competencia...op.cit.*, pag. 138; BARONA VILAR, Silvia, *Tutela civil y penal de la publicidad....op.cit.*, pag. 251

acreditamiento de la situación jurídica necesitada de protección cautelar, que es precisamente la situación a que se refiere la pretensión del proceso principal.¹²⁰ En este sentido sería ilógico pensar que el titular de los derechos de autor pueda obtener tutela cautelar en caso de temor racional y fundado de infracción, y que no contara con la posibilidad de solicitar la prohibición de la presumible actividad infractora.¹²¹

Esta deficiencia existente en la LPI se encuentra subsanada por la LEC, dado que en el apartado 8, establece expresamente que podrá acordarse la intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya “prohibición” o cesación se pretenda en la demanda. Así la LEC cumple la función de arreglar la deficiencia técnico-procesal en que incurre la LPI.¹²²

Si la infracción a los derechos de autor simplemente se teme, pero no ha dado comienzo todavía, es superfluo afirmar que no cabe la condena a la abstención de algo que aún no ha tenido lugar. Lo correcto será solicitar esta medida, que pretende evitar que la agresión se pueda llegar a producir. Sabemos que la cautela solicitada antes de la demanda caduca si dentro del plazo de veinte días desde su concesión no se llega a interponer la demanda (artículo 730.2, párrafo 2º LEC) o la denuncia o querrela (artículo 143 LPI), habrá que solicitar dentro del plazo la prohibición de dicha actividad. Y si ésta no ha tenido lugar, sino que sigue habiendo sólo un temor fundado a que lo tenga, el carácter cautelar de las medidas se enmarcará en el ámbito de un pronunciamiento propio de las llamadas condenas de futuro: es decir que se constituirán en cautelas referidas a un proceso que puede no concluir con condena de cesación, sino con un pronunciamiento de carácter puramente declarativo cuya ejecución solamente podrá tener lugar una vez la infracción se haya producido realmente.¹²³

Finalmente debemos señalar que no debe confundirse esta prohibición de iniciar la actividad infractora, con la prohibición de reanudar la actividad ilícita establecida en el artículo 139.1.b LPI, puesto que ésta se refiere a la pretensión de cesación y la

¹²⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel y CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español*, Editorial Comares, Granada 1996, pag.13.

¹²¹ CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios...op.cit.*, pag.1803.

¹²² ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, “La tutela cautelar.....” op.cit., pag. 3767.

¹²³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAZ MÁIZ, Vicente, *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual (por una nueva regulación)*, Trama editorial, Madrid, 2006, pag. 60 y 61.

consecuente prohibición de reanudar la actividad nuevamente en el futuro, a diferencia de la prohibición de iniciar la actividad cuando ésta aún no se ha puesto en ejecución.

5.- La entrega de ejemplares ilícitos y del material a precio de coste; a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios (artículo 139.3 LPI)

El titular de los derechos podrá solicitar que se le adjudiquen los bienes que constituyen el producto de la actividad infractora. Ésta es una opción que otorga la ley al autor, puesto que si prefiere quedarse con estos bienes en lugar de obtener una indemnización, así podrá solicitarlo al ente jurisdiccional.

Como es evidente, depende del criterio del autor el solicitar que se le entreguen los ejemplares ilícitos. En la práctica sólo en caso que estos ejemplares sean de muy buena calidad, que reflejen fielmente la obra original, y que satisfagan plenamente el gusto del titular del derecho, se solicitará dicha opción. Por ello quedan descartadas las obras en las que se haya alterado, recortado o suprimido algún elemento; sería aún más ilógico pensar en aquellos donde se suprimió la titularidad de la autoría.

El autor puede realizar esta elección, con la única consecuencia que el monto del precio de estos ejemplares será deducido de su indemnización de daños y perjuicios, con la única ventaja que el precio a tomar en cuenta es el de coste, y que en muchos casos dada la actividad del infractor, este precio será muy bajo.

6.- Otras pretensiones ejercitables para la protección de los derechos de autor

Como señalábamos anteriormente, dentro del ámbito civil (extensible a la pretensión civil que se ejercite dentro de un proceso penal por un delito relativo a la propiedad intelectual), la LPI prevé dos pretensiones típicas o específicas, que son la cese de la actividad infractora y la indemnización de daños y perjuicios; pero deja a salvo cualesquiera otras que puedan corresponder al titular del derecho; es decir que señala la existencia de una tutela genérica.

A tal efecto del artículo 138 LPI, se pueden distinguir, las pretensiones genéricas de las específicas que contempla la Ley especial. Ahora bien dentro de estas pretensiones genéricas, se pueden deducir cualquiera que convenga al interés del titular del derecho infringido y, naturalmente, esté reconocida para el supuesto de hecho que constituya la *causa petendi* del artículo 5 de la LEC. De todas maneras, dada la amplitud de la pretensión de cesación y de la indemnizatoria, que prácticamente cubren todos los supuestos imaginables, la utilidad de esas otras pretensiones será más que cuestionable.

Como señalamos al inicio del presente estudio, los derechos de autor son derechos especiales, puesto que contienen derechos personales y patrimoniales. Sin embargo, a los derechos de autor se les conoce común y erróneamente como “propiedad intelectual”, este *nomen iuris* a llevado a que se considere a los derechos de autor como un derecho de propiedad en sentido lato, es decir que se consideraría a estos derechos especiales como un derecho real de propiedad sin ninguna especialidad. Consideramos que esto significa una deformación de la naturaleza jurídica de los derechos de autor, pero en la presente investigación con el objeto de agotar el estudio de los derechos de autor (sin ser muy ambiciosos), intentaremos plantear algunas pretensiones en las que se busque proteger la “propiedad” o la “posesión” en los derechos de autor.

En principio, y como lo sostuvimos anteriormente, queda descartada la pretensión de protección de derechos fundamentales, al negar que el derecho de autor tenga este carácter.

GARBERÍ LLOBREGAT¹²⁴, señala que en particular, las pretensiones que pueden considerarse, serían las siguientes:

6.1.- Las derivadas del derecho de propiedad. Si bien es cierto que si la intelectual es, ante todo, propiedad, es obvio que pueden ejercitarse:

6.1.1.- Pretensión declarativa de dominio, que es ejercitada con más frecuencia entendida en sentido amplio, y referida no sólo al reconocimiento del derecho de

¹²⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, José *Las Medidas Cautelares...* op.cit. pags. 677 a 679.

dominio sino también al reconocimiento de titularidad de alguno de los derechos de propiedad intelectual.

6.1.2.- Pretensión reivindicatoria; esta pretensión la incluimos en términos genéricos, por constituir una de las pretensiones fundamentales del derecho de propiedad llano, posteriormente analizaremos si se puede aplicar o no a los derechos de autor.

6.2.- La tercería de dominio, que si bien es cierto está referido al derecho de propiedad, tiene una finalidad distinta, en caso que se hayan embargado derechos, o más concretamente los frutos o rentas, que pertenezcan al tercerista.

6.3.- Las pretensiones derivadas de los distintos contratos relacionados con derechos de autor. Como por ejemplo la pretensión de revisión por remuneración no equitativa, establecida en el artículo 47 LPI.

6.4.- Se ha cuestionado la posibilidad de utilizar los interdictos (no mencionados como tales en la LEC, pero sin duda subsistentes). Conforme a la teoría amplia de la posesión que rige en nuestro derecho, serán posibles los de retener o recobrar siempre que se refieran a una situación jurídica que suponga la relación estable y perceptible de una persona respecto a una cosa o un derecho (recuperación de obras cedidas para uso temporal, perturbación en el derecho de autor, etc.) Ahora bien, la amplitud de la tutela cautelar reconocida en la LPI hace que sea muy cuestionable la oportunidad de ejercicio de las acciones interdictales.

6.5.- La pretensión de enriquecimiento injusto, siempre que, como así lo entiende la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3803), no se considere que tiene un carácter subsidiario. De ser admisible, esta pretensión tiene la ventaja de cubrir todos aquellos supuestos en que una persona, sin causa que lo justifique, se enriquece a costa del titular del derecho, quien puede, por esta *actio in rem verso*, reclamar la ventaja, rendimiento o lucro obtenido por el enriquecido.

6.6.- La pretensión ejecutiva, siempre que dimanase del título que lleve aparejada ejecución (art. 517 de la LEC), y si éste es extrajudicial, que contenga una obligación

dineraria, vencida, exigible y de cuantía superior a 300 euros (artículo 520 LEC). En este segundo caso, también analizaremos, si es aplicable o no a los derechos de autor.

Ningún inconveniente existe en la acumulación de estas pretensiones con las típicas de LPI, siempre que tal acumulación no venga prohibida por alguno de los motivos expresados en los artículos 71 a 73 de la LEC.¹²⁵

Ahora desarrollaremos cada una de ellas:

6.1.- Pretensiones derivadas del derecho de propiedad:

Como lo señalamos anteriormente, la propiedad intelectual comprende: los derechos de autor y la propiedad industrial, esto quiere decir (muy a parte de la cuestión del *nomen iuris* de los derechos de autor), que los derechos de autor son en términos generales: derechos de propiedad. Pero derechos de propiedad con características especiales. Sin embargo, para los fines del presente estudio y con el objeto de otorgar una protección plena al autor, consideraremos a estos derechos como si se tratara de un derecho de propiedad en sentido lato, y por lo tanto dejar abierta la posibilidad de peticionar algunas pretensiones como si se tratara de un derecho de propiedad llano.

El derecho de autor puede entenderse en términos generales como un derecho de propiedad, puesto que es un derecho absoluto de señorío sobre la propia obra. Como la propiedad ordinaria, supone el más amplio señorío que puede tenerse sobre el objeto. El autor tiene sobre la obra intelectual todas las facultades posibles: tiene el derecho de explotarla y disponer de ella a voluntad. Se trata de un derecho absoluto porque implica un poder inmediato sobre el objeto, la obra intelectual, y está protegido frente a todos (*erga omnes*). También es un derecho exclusivo, puesto que confiere al sujeto un monopolio de poder sobre la cosa. El señorío que implica el derecho del autor está modalizado por la naturaleza de objeto sobre que recae: la obra intelectual. La creación del autor determina la aparición de un nuevo objeto de derechos subjetivos, la obra

¹²⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, José *Las Medidas Cautelares...* op.cit. pags. 679.

intelectual, que tiene características especiales: es de carácter inmaterial; se trata de un objeto de íntima relación con la persona del autor, tiene especial significación social.¹²⁶

Ahora bien, debemos distinguir el derecho de propiedad del derecho de posesión, que tienen una estrecha relación pero son derechos completamente distintos.

Como lo señalamos al inicio del presente estudio, una cosa es la idea y otra los productos materiales de ella. El autor de una obra científica, literaria o artística, conserva siempre el derecho de dirigir o encauzar la reproducción o reedición de ella; puede igualmente retirarla de la circulación o prohibir su reproducción; y en todo esto, tenemos el ejercicio liso y llano del derecho de propiedad. Será una propiedad especial, pero es imposible negar que el derecho de propiedad existe.¹²⁷ Sin embargo, se debe descartar la posibilidad de que los derechos de autor sean considerados como un derecho real, dado que en éstos, su objeto debe ser necesariamente una cosa¹²⁸; mientras que, como sabemos, los derechos morales y patrimoniales del autor le otorgan una naturaleza jurídica especial, única o *sui generis* dentro del derecho.¹²⁹

Dicho esto, una cosa es el derecho de propiedad que constituyen los derechos morales y patrimoniales del autor, y otra cosa es la posesión de la obra misma, de la cual emanan estos derechos. Por una parte tenemos la propiedad de los derechos de autor, que siempre le pertenecerán a éste por ser el creador de la obra artística, y de otra está la posesión de dicha obra. Esta posesión, cobra una importancia determinante, cuando se trata de obras raras o únicas, como por ejemplo una pintura, una escultura, el *master* de una canción, etc.

¹²⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, tomo I, Cuarta edición, Centro de Estudios Registrales, Madrid 2001, pags. 382 y 383.

¹²⁷ PAPAÑO, Ricardo José, *Acción reivindicatoria y propiedad intelectual*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 2006, pag. 29; SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino*, Derechos reales, tomo II, Nro. 1209, (actualizado por M. J. Argañaráz), Tea, Buenos Aires, 1961, pags. 442 y siguientes.

¹²⁸ PAPAÑO, Ricardo José, *Acción reivindicatoria y propiedad intelectual...op.cit.* pag. 27.

¹²⁹ Es importante recordar que en doctrina, a partir de las enseñanzas de PICARD, se ha sostenido la tesis de que el derecho de autor constituye una categoría distinta de los derechos reales y personales, conclusión a la que se arriba si se lo aprehende conforme a una concepción amplia, comprensiva de su aspecto extrapatrimonial (derecho moral) y patrimonial o pecuniario, perpetuo aquél y limitado en el tiempo éste. PICARD, Edmond, *Le droit pur*, Flammarion, Paris, 1908, pag. 96. MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido, *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, tomo I, Kraft, Bs. As., 1948, pag. 76; SATANOWSKY, Isidro, *Derecho intelectual*, Tea, Bs. As., 1954, pag. 52

En conclusión, para proteger la paternidad e integridad de una obra artística, el titular deberá interponer la pretensión declarativa de los derechos de autor, solicitando la declaración de su derecho de propiedad, de acuerdo a lo establecido en el numeral 3 del artículo 14 de la LPI; mientras que para recobrar la posesión de la obra artística el titular deberá interponer una pretensión reivindicatoria.

Dicho esto debemos analizar el numeral 7 del artículo 14 LPI, en el cual pareciera que podría ejercitarse la pretensión reivindicatoria, al señalar que: “Corresponde al autor el derecho irrenunciable e inalienable: de acceder al ejemplar único y raro de su obra...” Este derecho se fundamenta en la distinción entre *corpus mysticum* y *corpus mechanicum* que formulan los artículos 3.1 y 56 LPI. El reconocimiento del derecho de acceso es una consecuencia de que, a pesar de la enajenación de la obra, los derechos de explotación se conservan por el autor, salvo pacto en contrario, establecido expresamente en el contrato.

El derecho de acceso es de carácter netamente instrumental, puesto que se reconoce con el fin de que el autor conserve su derecho de divulgación o cualquier otro que le corresponda. Este derecho puede invocarse por el autor tanto para ejercitar derechos morales como patrimoniales. En lo relativo a los primeros, el autor puede acceder al ejemplar único o raro para ejercitar el derecho de divulgación si, en el acto de enajenación, el autor se hubiera reservado el derecho de explotación pública (artículo 56.2 LPI), o para realizar modificaciones de la obra (artículo 14.5 LPI), cuando se encuentra en posesión de un tercero. También se podrá acceder a la obra para consignar en la misma el nombre o firma del autor, en aquellos casos en que la obra fue inicialmente divulgada como anónima y el autor revela su nombre en un momento posterior. Sin embargo, no se podrá acceder a la obra para ejercitar el derecho de modificación frente al propietario material de la obra.¹³⁰

En segundo lugar, el autor puede acceder a la obra para ejercer derechos patrimoniales. Podrá ejercitar el derecho de exposición, si así lo ha reservado expresamente en el contrato, el derecho de reproducción, el de distribución (salvo en la modalidad de venta, dado su agotamiento), el derecho de comunicación pública (salvo

¹³⁰ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las Medidas Cautelares en los Procesos Mercantiles*, Iustel, Madrid, 2006, pag. 233.

en su modalidad de exposición si no hubo reserva expresa)¹³¹, el autor accedió a la obra para reproducirla en un almanaque). En cambio, no hay derecho de acceso para restaurar la obra o para ejercitar los derechos de alquiler y préstamo si el autor no se reservó el derecho de exposición, en una cláusula del contrato. Es una cuestión controvertida determinar si el autor puede acceder a la obra para hacer una réplica del ejemplar único o raro. Al existir un vacío en la norma, y no encontrarse prohibido, consideramos que la respuesta es positiva; sin perjuicio de la indemnización que corresponda al propietario por el hecho de la pérdida del carácter único de la obra.

El derecho de acceso se ejercita, generalmente, en el ámbito de las obras plásticas por tratarse, en su mayor parte, de ejemplares “únicos o raros”. La prueba de que se trata de ejemplar único o raro corresponde al autor que pretende hacer valer su derecho. Sin embargo, también es posible este derecho respecto a otros tipos de obras, como puede ocurrir cuando el manuscrito de la obra o el ejemplar único o raro de la misma (ejemplar de un libro del que se ha agotado su edición), se encuentran en poder de un tercero. Entre las obras sobre las que se puede ejercitar el derecho de acceso, se incluyen también las instrucciones de los programas de ordenador, por estar concebido para obras que por su naturaleza constituyan obras únicas.

Esta facultad es ejercitable cuando el soporte material se encuentra en posesión de un tercero, por adquisición gratuita u onerosa. Por tercero debemos entender cualquier propietario, mero poseedor de hecho o de derecho (por ejemplo el depositario), o, incluso, cesionario de los derechos de explotación. En este último caso, el acceso a la obra estará en función de los derechos de explotación cedidos sobre la misma. El autor no puede ejercitar el derecho de acceso frente a un editor exclusivo, si la finalidad perseguida es explotar o autorizar la explotación en la misma modalidad que la ejercida por el editor en exclusiva. Tal conducta sería contraria a la buena fe, que actúa como límite al ejercicio por el autor de sus derechos morales. Por último, el derecho es ejercitable *erga omnes*, y no sólo frente a aquel a quien el autor transmitió la obra.

La regulación de este derecho es claramente insuficiente, como se manifiesta en

¹³¹ En este sentido resolvió la SAP Asturias , 10 de mayo de 2004 (JUR 2004, 189873).

la dificultad de su ejercicio, pues el autor no estará en condiciones de conocer la persona que detenta la obra, por el título que sea. Los mecanismos procesales tampoco solucionan este problema. Así, en virtud del contenido del artículo 256 LEC no parece claro que pueda obligarse al futuro demandado a comunicar al autor quién fue su adquirente. Y aunque tal declaración se produjera, la cadena de transmisiones sucesivas dificultaría el conocimiento sobre quién es el poseedor actual. Dicha insuficiencia podría colmarse con una especial referencia, en la redacción del precepto, al derecho de información del autor sobre dónde se encuentra la obra.¹³²

Pero existe el límite, establecido en el párrafo 2º del artículo 14.7 LPI, puesto que el derecho de acceso no permitirá exigir el desplazamiento de la obra, por el grave atentado que supondría a la titularidad dominical del adquirente de la obra. Sin embargo, nada se opone a que el autor convenga con el adquirente, en el acto de enajenación de la obra, que ésta puede ser desplazada a un museo o a cualquier otro centro, para obtener reproducciones, fotografías o dibujos de la obra. Tal cláusula no será oponible *erga omnes* (a terceros adquirentes). De igual modo, si el autor se reservó el derecho de exposición pública en el momento de enajenación de la obra, podrá entenderse implícita, si no se prevé en el contrato expresamente, la facultad de desplazar la obra para poder ejercitar su derecho, como única forma de ejercicio del derecho. Lógicamente, este derecho de desplazamiento sólo es oponible frente al primer adquirente, pero no frente a los ulteriores, incluso frente a los cuales es discutible que el autor pueda invocar su derecho de exposición. En otros casos, su modo normal de ejercicio será accediendo al lugar en que la obra se encuentre habitualmente. Si ese lugar no es público y su propietario se opone a la entrada, el autor deberá obtener la oportuna autorización judicial.¹³³

En conclusión, dado que por lo dispuesto en el numeral 7 del artículo 14 LPI, no podrá exigirse el desplazamiento de la obra, esto significa que para este caso, no procede la pretensión de reivindicación estricta, es decir que el titular de la obra sólo accederá temporalmente a su obra, pero permanecerá en poder del legítimo poseedor. Es necesario recalcar que esta posesión debe ser legítima, puesto que en caso de ser un poseedor ilegítimo, como por ejemplo por la consumación de un delito, cabría la

¹³² ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las Medidas Cautelares en...*, op.cit., pag. 234.

¹³³ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las Medidas Cautelares en...*, op.cit., pag. 235.

posibilidad de solicitar la reivindicación, aunque este tema es más bien materia de estudio desde una perspectiva penal de los derechos de autor; sin embargo analizaremos la pretensión de reivindicación para despejar las dudas.

A continuación, analizaremos por separado cada una de estas dos pretensiones (además de la tercería de dominio), analizando, en términos generales, a los derechos de autor como un derecho de “propiedad llano”, pero siempre haciendo un énfasis en las características especiales para la protección de estos derechos.

6.1.1.- Pretensión declarativa de dominio

A.- Concepto y objeto

La pretensión declarativa de dominio es una forma de las llamadas pretensiones merodeclarativas, por las que el actor solicita que se le declare propietario judicialmente, logrando la finalidad de hacer cesar una situación de inseguridad jurídica; además en caso de que otra persona se atribuya el mismo derecho de propiedad, será el tribunal el que en definitiva resuelva este conflicto determinando judicialmente quien es el verdadero propietario del bien, eliminando una incertidumbre jurídica.¹³⁴ En este sentido se manifiesta la Sentencia de 8 de noviembre de 1994, citada en la de 18 de julio de 1997 y en la de 5 de febrero de 1999, según la cual: “...Este tipo de pretensiones no intentan la condena del adversario sino que se declare por medio de sentencia la existencia de una determinada relación de derecho puesta en duda o discutida; no buscan, por ello, la obtención actual del cumplimiento coercitivo del derecho, sino la puesta en claro del mismo. No obstante su ámbito es restringido pues de la pretensión declarativa sólo puede valerse quien tiene necesidad especial para ello; debe existir la duda o controversia y una necesidad actual de tutela, de manera que el interés del demandante desaparece si no hay inseguridad jurídica, o la parte contraria no se opone al derecho”.

¹³⁴ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*, Editorial Bosch S.A., Barcelona 2002, pag. 48; VILALTA, A. Esther y MÉNDEZ, Rosa M., *Acciones confesorias: acción declarativa de dominio*, Bosch, Barcelona, 2000, pag. 11.

La normativa respecto a la pretensión meramente declarativa la encontramos en el artículo 348 CC, no obstante los términos en que aparece redactado este artículo, párrafo segundo: “el propietario tiene pretensión contra el tenedor y poseedor de la cosa para reivindicarla”, así lo establecido tanto la doctrina como la jurisprudencia, considerando incluida la pretensión declarativa de dominio dentro de este artículo 348 CC. Así lo podemos constatar en la Sentencia de 24 de marzo de 1992, que dice: “desde el punto de vista jurídico y jurisprudencial, la pretensión declarativa del dominio, al igual que la reivindicatoria, se destina a la protección del derecho de propiedad, tratando de obtener una mera declaración constatación de la propiedad, que no exige que el demandado sea poseedor y le basta con la declaración de que el actor es propietario de la cosa (Ss. 21 de febrero de 1941 y 3 de mayo de 1944); puesto que no se trata de recuperar la posesión del bien (Ss. 22 de octubre de 1968 y 12 de junio de 1976).¹³⁵

La tutela netamente declarativa de los derechos de autor cumple un papel importantísimo en la protección del derecho moral del autor, sin perjuicio de que puede tener otras aplicaciones. El artículo 14.3 LPI otorga al titular de los derechos de autor la posibilidad de exigir el reconocimiento de su condición de autor; éste es un derecho absoluto que impone un deber de reconocimiento en toda la colectividad. La infracción a este derecho puede consumarse en el supuesto que una persona distinta al autor se atribuya indebidamente esta condición, asimismo se produce esta infracción cuando se desconozca abiertamente esta condición al legítimo autor.

Es evidente que esta pretensión se solicita sólo para proteger el derecho moral del autor, dejando de lado los derechos patrimoniales que le correspondan. La pretensión se concreta en que se declare la titularidad del derecho de autor frente al demandado, logrando el reconocimiento de su condición de creador de la obra, para posteriormente inscribir este derecho en el Registro de Propiedad Intelectual, dándole publicidad a dicha condición.

¹³⁵ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras del dominio...op.cit.*, pag. 48.

B.- Requisitos

Los requisitos exigidos para la viabilidad de la pretensión declarativa del dominio vienen constituidos por: a) la identidad de la cosa objeto de la pretensión, y, b) el título de dominio del demandante; así lo ha declarado reiteradamente la jurisprudencia.¹³⁶

Las sentencia de 5 de febrero de 1999, y la sentencia de 4 de abril de 1997 reitera que: “la pretensión declarativa de propiedad requiere dos requisitos como dice la Sentencia de 14 de marzo de 1989; la presentación de un título que acredite la adquisición de la propiedad de la cosa y la perfecta identificación de la misma, lo que reiteran las Sentencias 17 de octubre de 1991, 18 de octubre de 1991 y 1 de diciembre de 1993”. La Sentencia de 23 de enero de 1992 dice que “la prueba de la propiedad reclamada, conforme al artículo 1 214 CC, corresponde al que se reputa titular, que ha de acreditar cumplidamente los hechos constitutivos que integran la norma misma, es decir, la identidad objeto de la pretensión, que medie un hecho jurídico apto y suficiente, con proyección de titularidad dominical, para dar existencia a la relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste y que el sujeto titular de la relación sea la persona que acciona. En los mismos términos se pronuncia la sentencia de 1 de diciembre de 1993 dice que: “conocida es la pacífica doctrina jurisprudencial, que exige para la viabilidad de la pretensión meramente declarativa, la concurrencia de todos los requisitos requeridos para la reivindicatoria, excepción hecha de que el demandado sea poseedor”.

C.- Legitimación activa

De acuerdo con el artículo 348 CC está legitimado activamente para el ejercicio de una pretensión declarativa de dominio el propietario de la cosa que constituye su objeto; ha de tratarse del poseedor actual y así lo declara la Sentencia de 24 de abril de 1995. Para el caso de los derechos de autor, al ser un derecho especial, no es necesaria la posesión, sino que el actor acredite fehacientemente y consiga probar dentro del proceso que es el verdadero autor o creador de la obra en conflicto.

¹³⁶ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras del dominio...op.cit.*, pags. 48 y 49. Al respecto las STS 28 de mayo de 1965, 22 de abril de 1967, 16 de octubre de 1969 y 16 de junio de 1967.

D.- Título de dominio

En cuanto al concepto de título de dominio, dice la STS de 20 de febrero de 1995, que tiene declarado esta Sala en Sentencia de 10 de octubre de 1972, citada en la de 19 de febrero de 1992 que: “el término técnico “título de dominio” no equivale a documento preconstituido, sino la justificación dominical, Ss. 4 de diciembre de 1931 y 18 de agosto de 1934”; en este sentido ha de tenerse en cuenta que cuando se trata de adquisición derivativa del dominio nuestro derecho positivo sigue el sistema fundado en la teoría del título y el modo (artículo 609 CC).¹³⁷

E.- Identificación de la cosa

Es un requisito indispensable que la pretensión declarativa se refiera específicamente a una cosa concreta y determinada, lo que implica la necesidad de su perfecta identificación del bien materia de controversia o incertidumbre jurídica para que la pretensión sea estimada en la sentencia. La identificación consiste fundamentalmente en una perfecta descripción de la cosa que es objeto de la reclamación, y en la comprobación de la identidad de dicha cosa con aquella que aparece descrita o mencionada en los títulos del accionante. Para la protección de los derechos de autor, toda la descripción y detalles específicos de la obra artística se encuentran establecidos con precisión en el Registro de propiedad intelectual.

Los tribunales han señalado en reiterada jurisprudencia que el requisito de la identificación de la cosa es indispensable y el pilar fundamental para que pueda prosperar la pretensión declarativa de dominio. Los tribunales señalan que es deber del actor el identificar plenamente el bien, y que dicha descripción coincida con la realidad física del objeto en controversia, puesto que con la resolución judicial se declarará en definitiva la propiedad del bien.

¹³⁷ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras del dominio...op.cit.*, pag. 49.

F.- Legitimación pasiva

Existen dos posibilidades, una es que no se atribuya el derecho de propiedad a ninguna persona, existiendo una incertidumbre jurídica, puesto que no existe una persona determinada que sea el titular del bien. Para el caso de los derechos de autor, este caso podría darse cuando una obra ha sido publicada y distribuida con un autor anónimo, y éste pretenda que se le reconozca como tal. Sin embargo, lo usual es que el autor simplemente dé a conocer su condición de autor, diluyendo el anonimato de su obra, sin necesidad de recurrir a la instancia judicial para su declaración, puesto que de existir otra persona que se atribuya la condición de autor nos encontraríamos, entonces, ante la segunda posibilidad.

Esta segunda posibilidad, se refiere a que dos personas se irroguen la condición de titulares del derecho de propiedad, afirmando ambos que son los autores o creadores de la obra, es por ello que el actor acude a instancia judicial solicitando que se resuelva el conflicto de intereses.

Como se ha dicho en la pretensión declarativa de dominio no es necesario que el demandado se halle en posesión de la cosa, y así lo ha declarado con reiteración la jurisprudencia.¹³⁸

G.- Situaciones en el ejercicio de la pretensión declarativa de dominio

Es importante delimitar cuáles son las situaciones en las cuales la pretensión meramente declarativa puede satisfacer plenamente el interés del autor que se ve lesionado; por ello deben tenerse muy presente dos situaciones distintas: a) en primer lugar cuando se consuma una lesión al derecho moral de un autor, ésta puede ir acompañada o no, de una lesión de los derechos patrimoniales; y b) en segundo lugar la existencia de una infracción al derecho moral del autor, no necesariamente implica el derecho a obtener una indemnización.¹³⁹

¹³⁸ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras del dominio...op.cit.*, pag. 52.

¹³⁹ MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, “Daño moral de autor (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 y 29 de diciembre de 1993)”, *RPJ*, Nro. 33, pag. 403; CARRASCO PERERA, Ángel, “Comentarios a la STS, Sala 1ª, de 14 de diciembre de 1993”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Civitas, Madrid, 1993, pag. 1752.

Entonces debemos señalar nuevamente que en caso de infracción exclusiva sobre el derecho moral de un autor, sin que se haya infringido los derechos patrimoniales o de explotación de la obra, no siempre producirá un daño moral que le permita obtener una indemnización. Sólo se conseguirá una indemnización cuando por la gravedad de la lesión, las circunstancias de la misma y el grado de difusión de la obra, el órgano jurisdiccional considere que el daño moral sufrido merece una compensación, todo esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 140.2 LPI. Así podemos citar las siguientes sentencias: SAP de Barcelona de 5 de junio de 1992¹⁴⁰, relativo a la reclamación del autor de cuatro fotografías, que habían sido publicadas sin la mención de la autoría de las mismas, se discutía únicamente sobre el derecho moral del autor, desligado de los derechos de explotación. El Tribunal entendió que existían unos daños morales que debían ser indemnizados según los criterios de la LPI. La SAP de Santander de 3 de noviembre de 1992¹⁴¹, resolvía la demanda interpuesta por el autor de un mural cerámico que había formado parte de la fachada de una clínica, ante la destrucción de dicho mural, al convertirse la clínica en hotel. El Tribunal entendió que se había producido una vulneración del derecho moral del autor, en su faceta de mantenimiento de la integridad de la obra, y cuantificó el daño moral según los parámetros fijados por la LPI. En el mismo sentido, la SAP de Valladolid de 30 de marzo de 1994¹⁴², estimó la lesión del derecho moral del autor de una talla de cantería representativa del escudo de la Comunidad de Castilla y León, que había sido modificada sin su consentimiento, y procedió a la cuantificación económica del daño moral según el art. 125 LPI, este artículo establece cuáles son los criterios que debe tomar en cuenta el juez para establecer el monto de la indemnización. La SAP de Cantabria, Sección 3ª, de 20 de abril de 1999¹⁴³, resolvió la demanda interpuesta por los autores de sendas obras científicas que habían sido parcialmente reproducidas por otro autor posterior, sin mención de la procedencia de los capítulos copiados, ni de la autoría de los autores plagiados. La Sala estimó que había existido una infracción del derecho moral de los autores plagiados y procedió a cuantificar la indemnización según los parámetros del antes mencionado art.125 LPI (circunstancias de la infracción, gravedad de la lesión, y grado de difusión de la obra). La SAP de Burgos, Sección 2.ª de 9 de

¹⁴⁰ SAP de Barcelona 5 de junio 1992, RGD, 1993, Nro. 580-581, pag. 628.

¹⁴¹ SAP de Santander 3 de noviembre 1992, RGD, 1993, Nro. 583, pag. 4140.

¹⁴² SAP de Valladolid 30 de marzo 1994, RGD, 1995, Nro. 604-605, pag. 1458.

¹⁴³ SAP de Cantabria, Sección 3.ª, 20 de abril 1999, (AC 1999/754).

marzo de 1998¹⁴⁴, consideró que el derecho moral del autor de la obra pictórica “Homenaje a Castilla”, que había sido donada por su autor al Ayuntamiento de Burgos, y que posteriormente había desaparecido, debía ser indemnizado con la cuantía de un millón de las antiguas pesetas.¹⁴⁵

Con todo lo expuesto, queda claro que por medio de la pretensión declarativa de dominio, el titular del derecho busca que se reconozca judicialmente su condición de legítimo autor, es decir la declaración de la titularidad del derecho de autor sobre una obra; por lo tanto no se persigue la condena al demandado, sino que el órgano jurisdiccional declare a través de una resolución la existencia de una determinada relación de derecho, despejando de esta forma la incertidumbre jurídica.

Esta pretensión está destinada a hacer cesar un estado de incertidumbre sobre la existencia, alcance o modalidades de una relación jurídica, y conduce a una sentencia declarativa. Quien pretende ser el autor de una obra y que tal titularidad le ha sido usurpada o plagiada por otro, no tiene incertidumbre o dudas sobre su condición (independientemente de lo que, en definitiva, se resuelva en el proceso) y persigue una sentencia de condena a los efectos de que se le restituya lo que considera suyo y, accesoriamente, la reparación pecuniaria, en caso que se prueben la consumación de daños y perjuicios.¹⁴⁶

H.- ¿Pretensión meramente declarativa o pretensión reivindicatoria de autoría?

En principio, antes de pasar a estudiar la pretensión reivindicatoria, debemos despejar dudas acerca de si la declaración meramente declarativa de los derechos de autor se puede considerar como una pretensión reivindicatoria de autoría de una determinada obra.

Esta confusión surge de lo dispuesto por la Convención de Berna en el artículo 6º bis 1, que señala expresamente lo siguiente: “Independientemente de los derechos

¹⁴⁴ SAP de Burgos, Sección 2.ª, de 9 de marzo 1998, (AC 1998/4725).

¹⁴⁵ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...op.cit.*, pags. 275 y 276.

¹⁴⁶ PAPAÑO, Ricardo José, *Acción reivindicatoria y propiedad intelectual...op.cit.* pag. 97.

patrimoniales de autor y aun después de la cesión de dichos derechos, el autor conserva, durante toda la vida, el derecho de reivindicar la paternidad de la obra y de oponerse a cualquier deformación mutilación u otra modificación de esa obra o a cualquier otro menoscabo a la misma obra, que pudiera afectar su honor o su reputación”.

Pero como lo señalamos anteriormente, no podemos confundir la pretensión reivindicatoria que se refiere al derecho de posesión de la obra artística con la pretensión declarativa de la condición de titular del derecho de autor, que se refiere al derecho de paternidad de la obra.

En este artículo de la Convención de Berna, el término “reivindicar” no significa que se esté solicitando la restitución de la posesión de la obra en sí misma, sino más bien la solicitud de reconocimiento de la paternidad de la obra y la titularidad del derecho como autor y creador. Por lo tanto consideramos que la palabra “reivindicar” fue utilizada erróneamente, puesto que para lograr el reconocimiento y protección de la titularidad del derecho de autor, la pretensión que deberá ejercitarse es la meramente declarativa, establecida en el artículo 41.3 LPI, y no la reivindicatoria.

Precisamente el autor Ricardo José PAPAÑO, incurre en este error proveniente de la Convención de Berna, al señalar lo siguiente: “El derecho de paternidad se resume en la facultad que siempre conserva el autor a que se reconozca su condición de creador de la obra. Y este derecho comprende el de reivindicar: 1) la condición de autor cuando se ha omitido la mención de su nombre o se hace figurar otro nombre o un seudónimo; 2) la forma especial de mencionar su nombre, 3) el seudónimo o el anónimo cuando el autor ha optado por éstos y se hace figurar su verdadero nombre. También incluye el derecho a defender su autoría cuando ella es impugnada, o cuando la autoría le es disputada o usurpada. Procede la reivindicación de autoría cuando alguien registra una obra creada por otro, cuando se la atribuye, cuando la explota como si fuera propia o cuando la plagia.”¹⁴⁷

¹⁴⁷ PAPAÑO, Ricardo José, *Acción reivindicatoria y propiedad intelectual*, op.cit. pag. 90. Por otra parte, el concepto de plagio significa copiar en lo sustancial obras ajenas, dándolas como propias. EMERY señala lo siguiente: “hay plagio cuando se transforma una obra original a una de otra clase y otro género sin autorización del autor y sin mencionar la fuente. Por ejemplo, puede existir plagio en la transformación de una obra literaria en cinematográfica cuando se utiliza la misma línea argumental, los mismos personajes, la misma ambientación, etc., o en la transformación no autorizada de una obra cinematográfica en historieta al reproducirse el argumento y las escenas de la película en los cuadros de la

Ambas pretensiones protectoras de la propiedad se diferencian por su finalidad, recuperatoria en la reivindicatoria, y de mera constatación del dominio a favor del actor en la declarativa. De esta distinta finalidad de una y otra surgen los distintos requisitos identificadores de las mismas. La diferenciación ha sido puesta de manifiesto por la jurisprudencia; así dice la Sentencia del 24 de marzo de 1992 que “desde el punto de vista jurídico y jurisprudencial, la pretensión declarativa de dominio, al igual que la reivindicatoria, se destina a la protección del derecho de propiedad, tratando de obtener una mera declaración o constatación de la propiedad que no exige que el demandado sea poseedor y le basta con la declaración de que el actor es propietario de la cosa (Sentencias de 21 de febrero de 1941 y 3 de mayo de 1944); no se trata de recuperar la posesión (Sentencias de 22 de octubre de 1968 y 12 de junio de 1976); y aunque se exime al actor de la prueba de la posesión por parte del demandado, éste puede tener un derecho para retener la cosa en su poder frente al reivindicante o demandante de declaración de dominio (según se deduce de Sentencias como las de 3 de junio de 1955, 31 de octubre de 1963 y 3 de diciembre de 1977)”. A la distinta finalidad de ambas pretensiones se refiere la Sentencia del 10 de julio de 1992: “es necesario constatar, dice, que siendo, como es, la pretensión declarativa una pretensión dimanante del dominio tan sólo diferenciable de la reivindicatoria en que ésta, clásica pretensión protectora de la propiedad frente a una privación o a una detentación posesoria, que se dirige fundamentalmente a la recuperación de la posesión, en tanto que la meramente declarativa o constatación de la propiedad que no exige que el demandado sea poseedor y tiene como finalidad la simple declaración de tal propiedad de la cosa acallando a la parte contraria que discute ese derecho o se lo arroga (Sentencias de 16 de diciembre de 1963, 3 de junio de 1964, 28 de mayo de 1965, 21 de junio de 1967, 22 de octubre de 1968, 2 de junio de 1971, 22 de marzo de 1973, 30 de marzo y 6 de junio de 1974)”¹⁴⁸.

6.1.2.- Pretensión reivindicatoria.

A.- Concepto

El concepto de la pretensión reivindicatoria lo encontramos en el párrafo 2º del

historieta. EMERY, Miguel Ángel, *Propiedad intelectual*, comentario al artículo 71, Astrea, Bs.As. 2005, pags. 288 y 289.

¹⁴⁸ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras del dominio...op.cit.*, pag. 12.

artículo 348 CC, éste señala que es la pretensión que tiene el propietario que no posee contra el poseedor, que frente al propietario, no puede alegar un título jurídico que justifique la posesión.¹⁴⁹

En la pretensión reivindicatoria, es determinante el aspecto recuperatorio de la cosa (*res*) como determinante para su petición, por lo que el propietario no poseedor hace efectivo su derecho de exigir la restitución de la cosa del poseedor no propietario.¹⁵⁰

Para el caso de los derechos de autor podría interponerse una pretensión reivindicatoria cuando se quiera recuperar una obra cedida para uso temporal (p.e. exhibición en un museo), pero consideramos que esto sería poco probable puesto que usualmente la cesión se realiza a través de un contrato, por lo que procedería, más bien, una pretensión respecto al cumplimiento de las obligaciones establecidas en dicho contrato de cesión.

Sin embargo, de no existir contrato alguno sí se podría utilizar la pretensión reivindicatoria para obtener la devolución de la obra, si bien es cierto que en la práctica lo consideramos poco probable, es posible este supuesto, y con la finalidad de agotar todas las posibilidades, procederemos a estudiar la pretensión reivindicatoria.

En sentido estricto, la pretensión reivindicatoria está fundada en un derecho real de propiedad, y la pretensión fundamental se actúa sobre la propia cosa, pues consiste en la restitución de su posesión. La jurisprudencia ha aceptado la definición, según la cual la pretensión reivindicatoria es por la que “el propietario no poseedor hace efectivo su derecho a exigir la restitución de la cosa del poseedor no propietario”. Y que tiene como finalidad: a) Declarar frente al poseedor que el demandante es el propietario, b) Obtener la restitución de la cosa. Esta pretensión no tiende sólo a hacer efectivo el

¹⁴⁹ GARCÍA DE MARINA ALLOZA, Manuel, *Acción reivindicatoria*, Serlipost, Barcelona, 1983, pag. 221. En este sentido la STS de 1 de marzo de 1954, citada en las SSTs de 25 de junio de 1998 y 28 de septiembre de 1999.

¹⁵⁰ SOHM, Rodolfo, *Instituciones de Derecho privado romano*, Traducción W. Roces, Madrid, 1928, pag. 281; MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español*, tomo. III, 8ª ed., revisada y puesta al día por Rico Pérez, Madrid, 1976, pag. 186; MONTÉS, Vicente Luis, *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980, pag. 270; ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil*, tomo III, vol. 1, Barcelona, 1983, pag. 344; LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, vol. 1, Madrid, 1988, pag. 97.

derecho de propiedad mediante la declaración y la restitución, sino a hacerlo efectivo, en relación con el poseedor, puesto que el propietario recupera la posesión del bien. Según la doctrina de Derecho común, en esta pretensión no se trata sólo de restituir la cosa, sino que ésta debe ser *omnis causa*, es decir, con los frutos, las accesiones y la indemnización por los daños inferidos.¹⁵¹

Ahora bien, para los derechos de autor, en caso que el poseedor ilegítimo, obtuvo ganancias o frutos de la obra, mientras estuvo en su poder, es evidente que el autor podrá solicitar la devolución de los mismos.¹⁵² Por otra parte, y como lo señalamos anteriormente no tendría sentido solicitar la devolución de frutos, en caso que estos derechos de explotación hayan sido materia de cesión a través de la celebración de un contrato.

Por otra parte, la jurisprudencia atribuye a esta pretensión un contenido más amplio; así la STS de 3 de junio de 1964 afirmaba que: “El artículo 348 CC otorga al propietario, como fundamental defensa de su derecho, un amplio contenido que la doctrina ha ido determinando, al comprender en ella tanto la que se dirige contra el tenedor o poseedor de la cosa para reintegrarla al dueño, pretensión estrictamente reivindicatoria, cuanto la que pretende la afirmación el derecho dominical ante el que, en cualquier forma, lo desconoce, pretensión declarativa, y asimismo cabe incluir en su ámbito todas aquellas acciones que, sin tener en la Ley una reglamentación específica, van dirigidas ya a la inicial afirmación del derecho de propiedad, cuanto a fijar el objeto sobre el que éste recae y a hacer efectivo los derechos de gozar y disponer, que constituyen la esencia del dominio, eliminando cuantos actos materiales o jurídicos se realicen contra la afirmación del derecho o contra su efectividad práctica”.¹⁵³

Como señalamos anteriormente, entre estas pretensiones, sólo la que es “estrictamente” reivindicatoria es la que tomamos como tal, es decir aquella que se dirige contra el poseedor para que restituya el bien a favor del titular del derecho de

¹⁵¹ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos Reales...* op.cit., pags. 341 y 342.

¹⁵² PAPAÑO, Ricardo José, *Acción reivindicatoria y propiedad intelectual*, op.cit., pag. 90, quien señala lo siguiente: “A ésta (pretensión reivindicatoria) puede adicionarse la del reclamo pecuniario de los derechos de autor que le hubiera correspondido percibir y cualquier otro perjuicio que pueda invocar y acreditar, siquiera indiciariamente”.

¹⁵³ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit. pag. 11. Además, por otra parte, tenemos un antecedente muy antiguo como es la STS de 30 de marzo de 1927, la cual señala que esta acción reivindicatoria es una característica del dominio.

propiedad; puesto que las demás acciones se encuentran más bien dentro de la pretensión declarativa de dominio.

B.- Objeto

El objeto de esta pretensión es netamente recuperar el bien y que se disponga una condena contra el poseedor del mismo; puesto que en caso de ser estimada en la sentencia, el demandado es constreñido a la entrega de la cosa al actor.¹⁵⁴ No podrá calificarse de reivindicatoria aquella pretensión en que el demandante no solicite la entrega de la cosa por quien la posee sin título para ello.

C.- Requisitos de la pretensión reivindicatoria

Para que prospere la pretensión reivindicatoria, es necesario que concurren tres requisitos; éstos se desprenden de una reiterada jurisprudencia¹⁵⁵, y de acuerdo con los principios tradicionales de la carga de la prueba reflejados hoy en el artículo 217.2 LEC, se exige al demandante que debe probar: 1º. Su propiedad, 2º. La posesión del demandado, 3º la identidad de la cosa, mueble o inmueble, poseída con la que se reclama y cuya propiedad se justifica.

¹⁵⁴ VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario, *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993, pag. 23; NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles”, *RGLJ*, 1953, pag. 243, MONTÉS, Vicente Luis, *La propiedad privada...* op.cit., pag. 270. La STS de 18 de abril de 1916 y la STS de 1 de marzo de 1954 señalan que el objeto de la acción reivindicatoria no puede ser otro que obtener en juicio de quien, sin ser dueño, la está poseyendo o detentando una cosa que no le pertenece.

¹⁵⁵ Dice la STS de 10 de junio de 1969, citada en la de 25 de junio de 1998 que: “... según reiterada doctrina de esta Sala, para el éxito de la acción reivindicatoria es preciso que el actor pruebe cumplidamente el dominio de la finca que reclama, la identificación de la misma, y su detentación o posesión por el demandado, bastando la falta de cualquiera de ellos para que la demanda tenga que ser desestimada.” Por otra parte, la concurrencia de estos requisitos es constantemente exigida por la jurisprudencia posterior; así dice la Sentencia del 28 de noviembre de 1989 que “se producen, en este caso, los elementos que la doctrina legal requiera para el éxito de la acción reivindicatoria (título por parte de quien reclama la propiedad, identificación de la cosa y falta de título por parte del poseedor no propietario que permita la continuación de su posesión)”; “la jurisprudencia de esta Sala tiene declarado, que para la viabilidad de tal acción deben concurrir los siguientes requisitos: A) Título de dominio que acredite la propiedad del actor; B) Identificación suficiente de la cosa reivindicada; y C) Posesión actual de la misma por le tercero demandado” (Sentencia 24 en 1992); por su parte la Sentencia del 28 de marzo de 1996 dice que la acción reivindicatoria exige, como es sabido, acreditar el título de dominio, identificar la finca y demostrar que la cosa reclamada es poseída por el demandado sin título o con título de inferior categoría al que ostenta la actora.

1º. Prueba de dominio. A este efecto basta probar (no es necesario la prueba documental STS 14 diciembre 1979, 6 de julio de 1982) que adquirió el dominio, por cualquiera de los modos de adquisición.¹⁵⁶ Para el caso de los derechos de autor, el demandante deberá acreditar ser el titular, a través de cualquiera de los medios establecidos en la LPI, principalmente la inscripción en el Registro de propiedad intelectual.

2º. Prueba de la posesión del demandado. Sólo cabe ejercitar la pretensión contra quien posee la cosa al tiempo de la incoación de la demanda. Puede ocurrir que el demandado, inicialmente poseedor, deje después, durante el proceso, de poseer por su propia voluntad, sin embargo el proceso continuará (*perpetuatio legitimationis*) artículos 412.1 y 413.1 LEC. Si la pérdida de la posesión se produce por haberse perdido la cosa, el demandado a quien la pérdida sea imputable habrá de responder conforme lo previsto en los artículos 457 y 701.3 LEC. Si la pérdida de la posesión del demandado se produce por la cesión que hizo a otro, los efectos de la sentencia también repercutirán frente al adquirente de esa posesión.¹⁵⁷

3º. Prueba de la identidad de la cosa poseída con la cosa que se reclama, sea toda ella o sea sólo una parte la que se estime indebidamente ocupada. La identificación de la cosa reclamada ha de acreditarse con la debida precisión.¹⁵⁸ La precisión de la obra artística encuentra todos sus detalles, características y descripción plena, en el Registro de propiedad intelectual. Lo cual deberá señalarse expresamente en el escrito de la demanda.

¹⁵⁶ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos Reales...* op.cit., pag. 346; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario, *Acción reivindicatoria...* op.cit., pags. 29 y 30; NUÑEZ LAGOS, “Acción y excepción en la reivindicación... op.cit. al analizar la Sentencia de 3 de febrero de 1928, pag. 263; LETE DEL RÍO, José Manuel, *Protección del derecho de propiedad*, Santiago de Compostela, 1975, citando al efecto las sentencias de 3 de febrero de 1928, 4 de diciembre 1931, 1 de marzo de 1954, 4 de mayo de 1965, 10 de abril de 1964, 4 de mayo de 1965, 3 de febrero y 17 de noviembre de 1966, pags 42 y 43.

¹⁵⁷ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos Reales...* op.cit., pag. 347; PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, tomo III, vol. 1, Barcelona, 1978, pag. 201; VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho civil español*, 4ª ed, tomo II, parte especial, Valladolid, 1936, pag. 269.

¹⁵⁸ PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos Reales...* op.cit., pag. 349.

D.- Legitimación Activa del reivindicante

De acuerdo con su concepto y función que cumple esta pretensión, está únicamente legitimado para su ejercicio el propietario que se halle privado de la posesión; sólo está excluido de poder reivindicar el propietario que sea, a la vez poseedor inmediato y total de la cosa.¹⁵⁹ Y no le cabe reivindicar sencillamente porque no le hace falta.¹⁶⁰

Para los derechos de autor, estará legitimado para solicitar esta pretensión el autor o autores de la obra, pudiendo demostrar esta condición de titular del derecho a través de cualquiera de las formas establecidas en la LPI. Ahora bien, consideramos que las SGAE carecen de legitimidad, puesto que su función es netamente respecto de los derechos de explotación de la obra, y no sobre la posesión de la misma.

Puede reivindicar no sólo el propietario único y exclusivo de la cosa sino también cualquiera de los condóminos o copropietarios siempre que actúe en beneficio de la comunidad. Así lo declaró la STS de 6 de abril de 1896, 5 de junio de 1918 y 17 de junio de 1927 al decir que puede cualquiera de los condueños solicitar la pretensión reivindicatoria en beneficio de todos. Esta condición de condóminos, para los derechos de autor se encuentra establecida en el artículo 7 LPI, que prevé la propiedad en conjunto de todas aquellas personas que hayan intervenido en la creación, a lo cual se denomina “obra en colaboración”.

No sucederá lo mismo con las obras artísticas establecidas en el artículo 8 LPI, referido a la “obra colectiva” puesto que a pesar de la intervención de varias personas en la creación no es posible atribuir separadamente a cualquiera de ellos un derecho sobre el conjunto de la obra realizada; por lo que, salvo pacto en contrario, los derechos sobre la obra colectiva corresponderán a la persona que la edite y divulgue bajo su nombre. De la misma forma, no existe legitimidad, respecto de la “obra compuesta e independiente” establecida en el artículo 9 LPI, puesto que se refiere sólo a una obra

¹⁵⁹ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit. pag. 14.

¹⁶⁰ En este sentido la STS del 13 de junio de 1935.

nueva que incorpore una obra preexistente sin la colaboración del autor de esta última.¹⁶¹

Por otra parte, se reconoce legitimación al heredero que actúa en beneficio de la herencia yacente o comunidad hereditaria antes de la distribución del caudal hereditario entre los herederos.¹⁶² Esta legitimación a favor del copropietario que actúa en beneficio de la comunidad, subsiste mientras perdura la situación de indivisión de la cosa común; extinguida la comunidad y atribuidos los correspondientes lotes a los copropietarios, cada uno de ellos sólo tendrá pretensión respecto a la parte que le ha sido adjudicada.¹⁶³

Para el caso de los derechos de autor, los derechos morales se transmiten *mortis causa*, sin límite de tiempo, a la persona natural o jurídica a la que el autor se lo haya confiado expresamente por disposición de última voluntad; y en su defecto, el ejercicio de estos derechos corresponderá a los herederos, además del derecho a decidir si la obra ha de ser divulgada y en qué forma, así lo establece el artículo 15 LPI. Ahora bien los derechos que se pueden transmitir son únicamente: a) exigir el reconocimiento de su condición de autor de la obra; y b) exigir el respeto a la integridad de la obra e impedir cualquier deformación, modificación, alteración o atentado contra ella que suponga perjuicio a sus legítimos intereses o menoscabo a su reputación, establecidos en los numerales 3 y 4 del artículo 14 LPI. Esto quiere decir que el derecho a acceder al ejemplar único y raro de la obra, está excluido de la transmisión *mortis causa*. Sin embargo como señalábamos anteriormente, esto no impide que existan otros casos concretos en los que cabría ejercitar la pretensión reivindicatoria, en los que se ha privado de la posesión de la obra al autor, por ejemplo la entrega de una obra plástica o pictórica para una exposición temporal (aunque sólo en caso de no existir un contrato en este sentido, porque en lugar de una pretensión reivindicatoria más bien debería

¹⁶¹ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit. pag. 15.

¹⁶² Así la Sentencia de 16 de setiembre de 1985 señala que: “si bien es cierta la doctrina que la sentencia recurrida cita, alusiva a la falta de titularidad del heredero para reivindicar sin atribución concreta de cuota en participación hereditaria, puesto que los derechos de los herederos se encuentran indeterminados y hasta la adjudicación no hay derecho efectivo, también lo es –y es la aquí aplicable– la de que los herederos, o cualquiera de ellos en beneficio de la herencia yacente o comunidad hereditaria, pueden ejercitar las acciones en defensa de la masa hereditaria (Sentencias del 9 de junio de 1953, 25 de enero de 1969, 24 de octubre de 1973, 15 de junio de 1982, etc.), que es como comparecieron y demandaron las actoras, es decir, en beneficio de la herencia, para lo cual, por tanto, tenían suficiente legitimación”.

¹⁶³ VILALTA NICUESA, Aura Esther y MÉNDEZ TOMÁS, Rosa M., *Acciones confesorias: Reivindicatoria de dominio*, op.cit., pag. 13; GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit. pag. 16.

ejercitarse una pretensión de incumplimiento de contrato referente a la devolución del bien).

E.- Título de dominio

Dado que el titular de la pretensión reivindicatoria es el propietario, éste deberá probar su dominio sobre la cosa reclamada; la cualidad de propietario supone que ha mediado un hecho jurídico apto para dar existencia a aquella relación entre persona y cosa en que la propiedad consiste y que la persona que acciona es aquella que es sujeto de la relación.¹⁶⁴

F.- Carga de la prueba del dominio

El numeral 2 del artículo 217 de la LEC dispone: “Corresponde al actor y al demandado reconviniente la carga de probar la certeza de los hechos de los que ordinariamente se deprenda, según las normas jurídicas a ellos aplicables, el efecto jurídico correspondiente a las pretensiones de la demanda y de la reconvenición. 3. Incumbe al demandado y al actor reconvenido la carga de probar los hechos que les sean aplicables, impidan, extingan o enerven la eficacia jurídica de los hechos a que se refiere el apartado anterior.”

Para el caso de los derechos de autor, lo usual es que se acredite el dominio a través de la inscripción en el Registro de propiedad intelectual, sin perjuicio de las demás formas establecidas en la LPI.

G.- Legitimación pasiva

El artículo 348.2 señala que: “el propietario tiene pretensión contra el tenedor y el poseedor de la cosa para reivindicarla”; esta referencia es criticable puesto que decir “tenedor y poseedor” es una redundancia, bastaría con haber dicho “poseedor”.

¹⁶⁴ GARCÍA DE MARINA, Manuel, *Acción reivindicatoria...* op.cit., pag. 234 y sgtes.; GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit. pag. 25; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario, *Acción reivindicatoria...* op.cit., pags. 29 y 30; NÚÑEZ LAGOS, Rafael, “Acción y excepción en la reivindicación...” op.cit., pag. 263; LETE DEL RÍO, *Protección del derecho...* op.cit., pags 42 y 43.

Demandado de reivindicación, ha de serlo sólo y precisamente quien posea sin derecho frente al demandante de la cosa reclamada.

La pretensión reivindicatoria ha de dirigirse contra la persona que tenga la posesión de la cosa sin ostentar ningún derecho que le faculte para la posesión, o bien, un derecho de menor entidad que el de reivindicante. La posesión que ejerce el demandado deberá ser actual e indebida.¹⁶⁵ Para el caso de los derechos de autor, el demandado será quien tenga en su poder la obra artística reclamada, siempre y cuando no haya obtenido la posesión a través de un contrato, puesto que, como señalamos anteriormente, consideramos que lo más apropiado sería ejercitar una pretensión de incumplimiento de contrato, al no haber devuelto el bien dentro del plazo pactado por las partes.

El demandado que se opone a la pretensión reivindicatoria ha de probar la existencia de un título legitimador de su posesión frente al propietario que reivindica la cosa; así dice el TS en reiterada jurisprudencia.¹⁶⁶ La falta de título posesorio alegado por el demandado determina el éxito de la pretensión reivindicatoria, acreditando el título de dominio invocado por el demandante.¹⁶⁷

H.- Identificación del bien reivindicado

Respecto a la identificación de la cosa, nos remitimos a lo señalado en el requisito de identificación de la cosa para la pretensión meramente declarativa, puesto que al tratarse de un derecho de propiedad deberá determinarse claramente, y sin existir duda alguna para el juzgador, que la obra materia de reivindicación es la misma que se solicita su restitución al propietario.

¹⁶⁵ VILALTA NICUESA, Aura Esther y otra, *Acciones confesorias: Reivindicatoria...* op.cit., pags. 13 y sgtes.; GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit. pag. 27.

¹⁶⁶ La Sentencia de 30 de mayo de 1999 que “el demandado, por tanto, asume la carga de probar no sólo su título legítimo de ocupación, sino también que los terrenos que ocupaba no eran propiedad del demandante”, por el contrario el demandado no viene obligado a probar la existencia a su favor de título de dominio sobre la cosa reivindicada; en este sentido se manifiesta la Sentencia de 28 de mayo 1990 diciendo que: “como indican las Ss. de 6 de junio de 1920 y 23 de mayo de 1950, los demandado no tienen obligación de probar que a ellos les corresponde la cosa que se les reclama y por tanto no hay necesidad de examinar si el título que ostentan o los documentos en que amparan su oposición a la acción reivindicatoria o declarativa ejercitada por los demandantes es o no justificativo del dominio, bastando que los actores no acrediten el suyo para que los demandados tengan que ser absueltos”.

¹⁶⁷ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit. pags. 27 y 28.

Es necesario e indispensable que la pretensión reivindicatoria debe recaer sobre cosa concreta y determinada, lo que implica la necesidad de su perfecta identificación como requisito ineludible para el éxito de esta pretensión. La identificación consiste fundamentalmente en una perfecta descripción de la cosa que es objeto de la reclamación, en su confrontación con la cosa poseída por el demandado y, finalmente, en la comprobación de la identidad de tal cosa con aquella que aparece descrita o mencionada en los títulos del demandante. Para la protección de los derechos de autor, es necesario que toda la descripción que se detalle en el Registro de propiedad intelectual deba coincidir plenamente con la obra que se pretende reivindicar.

La jurisprudencia ha reiterado con profusión la exigencia del requisito de la identificación de la cosa para que pueda prosperar la pretensión reivindicatoria.¹⁶⁸ Asimismo los tribunales se han dado el trabajo minucioso de establecer en qué consiste este requisito.¹⁶⁹ Señalando que no basta, con una identificación puramente documental de la cosa reivindicada sino que se precisa que sea descripción coincida con la realidad física del objeto reclamado.¹⁷⁰

A la identidad exacta y precisa de la cosa reivindicada en relación con un bien mueble, se refiere la sentencia de 20 de febrero de 1998 en la que se niega la existencia de ese requisito entre un boceto de yeso de una obra artística y uno posterior de bronce; dice esta sentencia que: “inexiste el segundo requisito para que prospere toda pretensión reivindicatoria, esto es, la identidad exacta y precisa de toda cosa que se pretende reivindicar o reivindica, es el boceto original, determinante de la creación artística del causahabiente de los actores, y sin que se cuestione que fue constituido en yeso, hay que derivar que el actualmente existente en bronce en su día en poder o posesión del codemandado y que determinó las posteriores relaciones comerciales con la codemandada, no se corresponde al primitivo por lo cual inexiste, como la Sala

¹⁶⁸ Así dice la Sentencia de 26 de enero de 1985 que: “el triunfo de las acciones tanto declarativa de dominio como reivindicatoria, requieren según la doctrina científica como legal entre otros y como primer requisito sin el que están condenadas al fracaso, la cumplida prueba de la identidad (del bien) de la finca o fincas objeto de las mismas”.

¹⁶⁹ La Sentencia de 25 de febrero de 1984, señala: “la identificación a efectos reivindicatorios, no consiste sólo en describir la cosa reclamada, fijando con precisión y exactitud la cabida y los linderos, sino que además ha de ser demostrado “sin lugar a dudas” que el predio topográficamente señalado es el mismo a que se refieren los documentos y demás medios de prueba utilizados, lo que implica un juicio comparativo entregado a la soberana valoración del Tribunal de instancia con carácter fáctico”.

¹⁷⁰ GARCÍA DE MARINA, Manuel, *Acción reivindicatoria*, op.cit., pag. 258 y sgtes.; GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit. pags. 34 y 35.

perfectamente razona, dicho requisito de identificación”.¹⁷¹ Como podemos apreciar, la identificación de la cosa, es determinante cuando se refiere a una obra artística, dada la naturaleza especial de los derechos de autor, sólo aquella que verdaderamente contenga la expresión creativa y artística de su creador es la que se podrá reclamar, puesto que una réplica o imitación de la misma pierde el sentido mismo de la obra en sí.

La pretensión reivindicatoria tiene una finalidad recuperativa de la cosa reclamada; el éxito de la pretensión conlleva la condena del demandado a la restitución de la cosa, con sus frutos y accesiones¹⁷², tal como lo establece el artículo 1097 CC.¹⁷³

Como lo señalamos anteriormente, en caso de prosperar la pretensión reivindicatoria, el demandado deberá devolver al autor todas las ganancias que haya obtenido por la explotación de la obra (además de la obra misma), puesto que la existencia de mala fe es evidente, porque sólo el autor o creador de una obra (sin perjuicio de sus herederos), podrá explotarla económicamente.

6.2.- La tercería de dominio.

La tercería de dominio se encuentra establecida en los artículos 594 y siguientes, además del artículo 729 de la LEC. Este procedimiento está regulado como un incidente dentro del proceso. La tercería se ejercita en contra de una medida cautelar de embargo preventivo, con la finalidad que se levante dicho embargo.

¹⁷¹ STS 20 de febrero de 1998 (AC 1998, 4765)

¹⁷² GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit. pag. 38.

¹⁷³ Respecto al artículo 1097 CC la jurisprudencia ha declarado con reiteración la obligación de restitución de los frutos teniendo en cuenta el estado posesorio en que se encontraba el demandado. En este sentido afirma la Sentencia de 10 de julio de 1987 que: “por los razonamientos que anteceden debe atribuirse el dominio de la finca reclamada a la actora, con la consiguiente condena a su devolución, con aplicación del artículo 451 CC respecto de los frutos percibidos hasta la fecha de la interpelación judicial”. La Sentencia de 1 de febrero de 1964 dice que: “según ha declarado la jurisprudencia de esta Sala, entre otras, en sus Ss. 10 de diciembre 1918 y 18 de marzo de 1924, el éxito de una acción reivindicatoria no lleva por sí solo el abono al reivindicante de los frutos percibidos por el poseedor de la finca litigiosa desde el instante de su ocupación, sino que para que tal efecto se produzca es preciso que, además del requisito del vencimiento objetivo en el juicio, concurra el subjetivo de la mala fe en la tenencia de un inmueble por parte del demandado, ya que en otro caso éste se halla protegido por el artículo 451 CC, que le permite hacerlos suyos mientras no sea legalmente interrumpida su posesión, lo que únicamente se produce según Sentencia de 12 de marzo de 1948, a partir del momento de la interpelación judicial, y como, además dicho señor está amparado por la presunción establecida a su favor por el artículo 433, y la existencia de la mala fe requiere una declaración expresa de los Tribunales (Sentencia de 24 de mayo de 1928)”.

Se denomina “tercería” puesto que es ejercida por una tercera persona ajena a la relación que existe entre el solicitante de la medida cautelar y el afectado con dicha medida. Lo que se pretende con la tercería es el alzamiento del embargo, alegando que el bien afectado es de propiedad del accionante. Precisamente por la alegación de la propiedad del bien en disputa, es que a esta tercería se le denomina “de dominio”.

Con la tercería de dominio pretende evitarse el embargo de bienes que no pertenezcan al ejecutado; o lo que es lo mismo que se haga trascender al patrimonio del tercerista responsabilidades patrimoniales ajenas.¹⁷⁴

En principio analizaremos genéricamente la tercería de dominio, y al mismo tiempo haremos un estudio específico para su aplicación respecto a los derechos de autor.

La LEC permite que el embargo pueda recaer sobre bienes que no pertenezcan al demandado, así lo dispone el artículo 594 LEC. Señala expresamente que el embargo, a pesar de incumplir ese requisito subjetivo, puede ser eficaz cuando el verdadero titular del bien no ejercita los medios de defensa establecidos en el ordenamiento jurídico para acreditar su pertinencia y con ello lograr el alzamiento de la medida cautelar. Mientras el dueño del bien no solicite el levantamiento del embargo éste continuará incluso hasta llegar a la ejecución forzosa.

El más característico de los medios establecidos para el alzamiento de una medida cautelar es la tercería de dominio¹⁷⁵, aunque no es el único, así podemos señalar los siguientes: a) el artículo 593.3 LEC establece que en caso de duda sobre la titularidad de un bien puede abrirse un incidente donde se permite la intervención de

¹⁷⁴ MÉNDEZ TOMÁS, Rosa M. y VILALTA NICUESA, Aurora Esther, *La tercería de dominio*, Bosch, Barcelona, 2003, pag. 9 y 10; SUÁREZ BLAVIA, Ana, *Las tercerías en le derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1998, pag. 18. Asimismo tenemos la doctrina clásica de: GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, tomo I, Madrid, 1968, pags. 205 y 206; HERCE QUEMADA, Vicente y GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, tomo II, Madrid, 1976, pag. 354; CARRERAS, Jorge, *El embargo de bienes*, Barcelona, 1957, pag. 306.

¹⁷⁵ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel, *La tercería de dominio*, Madrid, 1980, pag. 67, y “Naturaleza y función de la tercería de dominio”, en *Ejecución de Sentencias civiles*, CCGPJ, Madrid, 1992, pags. 293 y sgtes. MONTERO AROCA, Juan, “Tercerías de dominio y de mejor derecho en el proceso de ejecución laboral”, en *Ensayos de derecho procesal*, Barcelona, 1996, páginas 549 y sgtes., ORTIZ DE NAVACERRADA, Santiago, *La tercería de dominio según la jurisprudencia última*, Madrid, 1995, pag. 43; PLANCHADEL GARGALLO, Andrea, *La tercería de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pag. 39.

aquel a quien presumiblemente puede pertenecer, una vez realizada la intervención el juez decidirá sobre si practicar el embargo o no; b) en el ámbito de los bienes inmuebles, el artículo 658 LEC regula la llamada tercería registral que permite alzar un embargo cuando el bien embargado se encuentra inscrito a favor de persona distinta del demandado.¹⁷⁶

Para la protección de los derechos de autor, cabe la posibilidad de ejercitar una demanda de tercería de dominio, especialmente cuando se han embargado los frutos y productos de los derechos patrimoniales de un autor que fueron cedidos a otra persona.¹⁷⁷ Supongamos que un autor cede sus derechos de explotación a otra persona (cesionario) de una determinada obra, posteriormente un acreedor de dicho autor embarga los frutos o productos de esa obra (pensando que son propiedad de él), en este caso el cesionario podrá interponer una demanda de tercería de dominio afirmando que dichos frutos ya no le pertenecen al autor, sino a él, de acuerdo al contrato de cesión en exclusiva celebrado con el autor. Ahora bien, la tercería prosperará únicamente en caso de una cesión exclusiva de los derechos de explotación, puesto que sólo serán embargables los derechos del cesionario exclusivo; por el contrario son inembargables, por ser intransmisibles, los derechos del cesionario no exclusivo, tal como lo establece el artículo 50.1 LPI.¹⁷⁸

Ahora bien, el dominio del bien no puede ser el único fundamento de la tercería. Evidentemente la demanda de tercería deberá basarse en el dominio del bien embargado, pero debe admitirse que el fundamento puede ser distinto, como ocurre en

¹⁷⁶ GARCÍA DE MARINA, Manuel, *Tercerías de dominio y de mejor derecho*, Serlipost, Barcelona, 1990, pags. 519 y sgtes.; GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares...* op.cit. pag. 202.

¹⁷⁷ La procedencia de la tercería de dominio se da cuando la traba ha recaído sobre el derecho de propiedad o sobre derechos reales susceptibles de transmisión separada; no cuando el embargo sujeta derechos personales o de crédito. Así lo ha reconocido la jurisprudencia en: La sentencia de 19 de mayo de 1997 contempla el supuesto de embargo recayente sobre un derecho de usufructo y si bien se desestimo la demanda del tercerista lo fue por falta de legitimación activa al no ser titular del usufructo, la sentencia reconoce que: “no es un derecho personalísimo sino transmisible, cuya transmisión no sólo puede ser voluntaria sino también forzosa, tal como se desprende del artículo 480 CC, sin perjuicio de la extinción, que contempla el mismo artículo y el 513”.

¹⁷⁸ CARRASCO PERERA, Ángel, en Comentario a las “Acciones y medidas cautelares urgentes”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 3ª edición, (director Bercovitz, R.), Tecnos, Madrid, 2007, pags. 1668 y 1669, en el que se señala lo siguiente: Los derechos protegidos por las acciones de los artículos 139 a 141 LPI son los derechos subjetivos de naturaleza exclusiva, morales y patrimoniales, reconocidos a los autores del Libro I, a los que adquieren de modo originario los derechos conexos del Libro II y a los cesionarios legales, contractuales, expresos o presumidos, que ostenten sobre estos derechos una facultad exclusiva de explotación.

los casos en que se alega el usufructo y en general un derecho *in re aliena* que hubiera sido desconocido en el embargo.¹⁷⁹

La tercería puede ejercitarse para solicitar el levantamiento del embargo que se hubiere acordado indebidamente tanto sobre bienes de la propiedad de tercero como sobre cualesquiera otros derechos pertenecientes a su patrimonio (por ejemplo los derechos de crédito) que hubieren sido indebidamente embargados. El ámbito de la tutela que la tercería de dominio ofrece al tercero no sólo comprende la protección del derecho de propiedad, sino que se extiende a cualquier derecho que se oponga a la realización forzosa del bien o derecho indebidamente embargado. Así resulta de lo establecido en el artículo 595 LEC, en el que se establece que: "...podrá interponer tercería de dominio... quienes sean titulares de derechos que, por disposición legal expresa, puedan oponerse al embargo o a la realización forzosa" del bien embargado como perteneciente al ejecutado.¹⁸⁰ En este sentido, existe jurisprudencia que reconoce la procedencia de la tercería de dominio cuando se embargan bienes inmateriales¹⁸¹, por eso para el caso de los derechos de autor, el cesionario de los derechos de explotación de una obra artística, se encuentra comprendido dentro del supuesto del artículo 595 LEC, por lo que podrá interponer la tercería cuando quien haya embargado sus derechos, piense erróneamente que éstos pertenecen al autor cedente.

Es necesario indicar que en casos justificados, sólo se podrán embargar los frutos y productos de una obra artística, pero no se podrá embargar el mismo derecho de explotación *per se*, puesto que estos derechos son inembargables, así lo establece expresamente el artículo 53 LPI. Según lo dispuesto por el art. 609 LEC embargar lo inembargable produce la nulidad radical o de pleno derecho de dicho acto, lo que significa que basta la comparecencia del ejecutado denunciando la infracción legal para que el tribunal proceda a declarar la nulidad desde el mismo momento en que se produjo

¹⁷⁹ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *La tercería de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pag. 64 y 65; y *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pag. 1580; GARCÍA DE MARINA, Manuel, *Tercerías de dominio...*, op.cit., pag. 59 y sgtes.

¹⁸⁰ MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de...* op.cit., t. II, pag. 1583.

¹⁸¹ STS 21/3/2002: "El objeto de la acción de tercería de dominio ha quedado delimitado y dirigido a liberar del embargo bienes que se encontraban indebidamente trabados, coincidiendo su ámbito de actuación con el de los bienes susceptibles de ser embargados según el artículo 1447 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, afectando tanto a los bienes materiales como a los inmateriales, con la sola condición de que no sean de propiedad del deudor apremiado" (RJ 2002/2277) en el mismo sentido la STS de 22 de julio de 1996 (RJ 1996/6817).

la infracción.¹⁸²

A.- Naturaleza Jurídica de la tercería de dominio

El problema de la naturaleza jurídica de la tercería de dominio ha evolucionado en el tiempo, lo cual se ha visto reflejado en las leyes procesales, que establecen su regulación. Esta evolución dio inicio desde que en un principio se consideraba a la tercería como una pretensión reivindicatoria, o como una pretensión declarativa de propiedad, hasta llegar al consenso actual de que es un incidente de la ejecución, con la finalidad de determinar el levantamiento o no de un embargo.

Con la anterior Ley de Enjuiciamiento Civil del año 1881, se encontraron distintas soluciones en la doctrina, por un lado, jurisprudencia que equiparaba la tercería con la pretensión reivindicatoria, confirmado incluso por el Tribunal Supremo en diversas sentencias: Concretamente en la Sentencia de 19 de julio de 1999 (RJ 1999, 5959) afirma que: “ el concepto y la función de la tercería de dominio ha sido muy clarificada hoy a través de reiterada jurisprudencia de esta Sala; así, las Sentencias de 19 de mayo de 1997 (RJ 1997, 3887), 16 de julio de 1997 (RJ 1997, 5610), 11 de marzo de 1998 (RJ 1998, 1493) y 28 de octubre de 1998 (RJ 1998, 8350) destacan que: “ la naturaleza es de pretensión declarativa de propiedad, cuyo objeto es la declaración de propiedad del demandante tercerista y el levantamiento del embargo trabado a instancia del codemandado sobre el bien que aparecía como propiedad del otro codemandado”.

Y por otra parte también encontramos jurisprudencia que ha puesto en relieve las diferencias entre la tercería de dominio y la pretensión reivindicatoria, diferencias nacidas de la específica finalidad de la tercería de dominio; así la Sentencia de 15 de febrero de 1985, establece que: “según la doctrina de esta Sala, el objeto del juicio de tercería es liberar del embargo de bienes indebidamente trabados, excluyéndolos de la vía de apremio, teniendo indudables analogías con el ejercicio de la pretensión reivindicatoria aunque no siempre pueda identificársela con la misma, señalándose entre las principales diferencias justamente la de constituir su objeto propio no tanto la

¹⁸² VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Las tercerías. Bienes embargables, bienes inembargables*, Bosch, Barcelona, 2001, pag. 625; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Comentario de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dijusa, Madrid, 2000, pag. 632.

obtención del bien cuando el levantamiento del embargo – Sentencia de 29 e octubre de 1984- siendo consecuencia de esa especialidad el que (Sentencia de 2 de febrero de 1984) antes que el problema de la propiedad de los bienes importa examinar si el demandante de tercería es propiamente tercero o no...”¹⁸³

Por su parte, a partir de la entrada en vigencia de la nueva LEC de 2000, la tercería fue aclarada definitivamente, puesto que en su Exposición de Motivos, se señalaba que: “La tercería de dominio no se concibe ya como proceso ordinario definitorio del dominio y con el efecto secundario del alzamiento del embargo del bien objeto de la tercería, sino como incidente, en sentido estricto, de la ejecución, encaminado directa y exclusivamente a decidir si procede la desafectación o el mantenimiento del embargo. Se trata de una opción, recomendada por la doctrina, que ofrece la ventaja de no conllevar una demora del proceso de ejecución respecto del bien correspondiente, demora que, pese a la mayor simplicidad de los procesos ordinarios de esta Ley, no puede dejar de considerarse a la luz de la doble instancia y sin que el nuevo régimen de ejecución provisional pueda constituir, en cuanto a la ejecución pendiente, una respuesta adecuada al referido problema.”¹⁸⁴

Esta nueva concepción de la tercería como un incidente de la ejecución, lo adopta también el Tribunal Supremo¹⁸⁵, que afirma su naturaleza como un incidente de

¹⁸³ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit. pags. 61 y 62. En el mismo sentido podemos señalar la siguiente jurisprudencia: Sentencia de 31 de mayo de 1993: “Viene siendo unánime el criterio diferenciador con la acción reivindicatoria, manteniéndose por la doctrina que mientras la acción reivindicatoria se interpone contra el poseedor no propietario, la tercería de dominio va contra el ejecutante no poseedor, y el ejecutado, que en muchos casos tampoco lo es; la primera pretende la adquisición o recuperación de la posesión, y la finalidad de la segunda va dirigida exclusivamente al levantamiento del embargo sobre el bien en litigio, o lo que es lo mismo, sustraer bienes del procedimiento de apremio, por no pertenecer al apremiado”. La Sentencia 29 de junio de 1993: “la tercería de dominio...tiene la finalidad primordial y única de liberar del embargo los bienes indebidamente trabados (Ss. 15 de abril 1992, 20 de marzo de 1989, 14 de abril de 1988, etc.) ... No constituye, pues, una propia acción reivindicatoria, que siempre se dirige contra poseedor no propietario, mientras que la tercería va en contra del ejecutante que no posee ni detenta y contra el ejecutado que puede también no ser poseedor (STS 24 de julio de 1992).

¹⁸⁴ En el mismo sentido existe jurisprudencia que señala que la tercería tiene una finalidad “institucional y única” sin aludir ya a la acción declarativa de dominio: STS 23/7/2002 (RJ 2002/7481): “La finalidad institucional y única de la tercería de dominio es la de liberar de un embargo, bienes que han sido indebidamente trabados, por pertenecer los mismos no al ejecutado, sino a un tercero extraño a la deuda reclamada en el correspondiente juicio ejecutivo”.

¹⁸⁵ ATS de 24 de septiembre de 2002 que: “ para la LEC 1/2000 la tercería de dominio tiene la naturaleza de un incidente de ejecución, que concluye siempre mediante Auto, modificación legislativa en consonancia con la evolución jurisprudencial que niega a la tercería de dominio de carácter de acción reivindicatoria por cuanto su objeto es exclusivamente resolver sobre la idoneidad del bien objeto de la tercería para ser ejecutado, lo que supone que, a los efectos del apartado 2 del art. 477 de la LEC, no

la ejecución y niega rotundamente que sea una pretensión reivindicatoria, sino que en realidad su finalidad es resolver si el bien embargado es idóneo para ser ejecutado o no. La llamada jurisprudencia menor ha insistido en que la función procesal de la tercería no es otra que la de conseguir la invalidez o ineficacia del embargo.¹⁸⁶

En conclusión podemos señalar que con la tercería no se pretende la condena a la entrega del bien embargado (pretensión de condena), ni tampoco la declaración con efectos de cosa juzgada del derecho que el tercerista ostenta sobre el mismo (pretensión declarativa), sino solamente el alzamiento de la traba acordada, y lo que se pretende es la modificación de la situación creada por el embargo sobre un bien o un derecho dentro del proceso de ejecución en el que se acordó, con el único objeto de apartar ese bien o derecho del curso de una ejecución en la que no se es parte. Parece que la calificación que mejor refleja su naturaleza es la de pretensión constitutiva de carácter procesal, pues su finalidad esencial es la de sustituir una determinada situación jurídica actual (el embargo) por otra diferente (su alzamiento), y esa misma conceptualización es la que ha de merecer la resolución judicial en que así se acuerde.¹⁸⁷

Para la protección de los derechos de autor, es evidente que la tercería no es una pretensión reivindicatoria, puesto que al tratarse de una cesión de derecho de explotación, no existe un derecho de propiedad, sino simplemente el derecho del cesionario que emana de un contrato celebrado con el autor. Lo que sí se debe establecer en el proceso de tercería es si esos derechos invocados por el cesionario son oponibles al acreedor ejecutante y en consecuencia deba levantarse el embargo.

B.- Competencia

Según lo establecido en el artículo 729 LEC, el tribunal competente para conocer

estamos en presencia de una verdadera sentencia de segunda instancia, con la subsiguiente irrecurribilidad en casación, al ser aplicable la nueva LEC a todas las sentencias tras su entrada en vigor, lo que determina la aplicación del actual régimen de recursos extraordinarios a todos los efectos, también en lo relativo a quedar sin acceso a la casación la tercería de dominio, según doctrina de esta Sala sentada ya en Autos, entre los más recientes, de 4 de junio de 2002, recursos 429/2002 y 514/2002; de 18 de junio de 2002, recursos 384/2002 y 538/2002, y 9 de julio de 2002, recursos 519/2002 y 676/2002”.

¹⁸⁶ SAP Valencia 26/7/1999, AC 1999/7774)

¹⁸⁷ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares*, Barcelona, 2001, pag. 296; MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de...* op.cit., t. II, pag. 1580.

una demanda de tercería de dominio, corresponde a aquél que hubiese acordado el embargo preventivo.¹⁸⁸

Este artículo está acorde con el carácter incidental que la tercería de dominio guarda con relación al proceso principal, en el que se acordó el embargo preventivo, por lo que dentro del ámbito de la competencia funcional, será el mismo juez el que tramite y resuelva la misma. Supone, además, una aplicación en concordancia con lo dispuesto en el artículo 61, al señalar que: "...salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá para resolver sobre sus incidencias".

En los derechos de autor, no existe ninguna especialidad respecto de la competencia, puesto que si el proceso declarativo es de conocimiento de un juez mercantil, éste será el competente para conocer también del proceso de tercería incoado por el cesionario de los derechos de explotación.

C.- Procedimiento

Dentro de la regulación de las medidas cautelares no existe una norma concreta sobre el procedimiento a seguir en los caso de tercería de dominio, pues el art. 738 LEC al mencionar las normas sobre las que debe regirse la ejecución de las medidas cautelares y concretamente al referirse al embargo preventivo se limita a remitirse a los artículos 584 a 633 LEC. Únicamente el artículo 599 LEC señala de forma concreta que la tercería de dominio: "...se sustanciará por trámites previstos para el juicio ordinario" con lo que queda excluida cualquier referencia a la cuantía del asunto. En cualquier caso, este reenvío al juicio ordinario, debe entenderse, desde luego, como una remisión a toda la regulación de ese tipo de proceso.

Esta norma es, cuanto menos, criticable puesto que se remite a los trámites más complejos para resolver lo que no es sino un simple incidente para determinar la corrección del embargo, sin que produzca el efecto de cosa juzgada, además que no conlleva ninguna decisión sobre titularidad del bien en discordia. Dado que la medida

¹⁸⁸ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal civil*, vol. 2º, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979, pag. 335.

cautelar puede ser pedida dentro de cualquier proceso, podría darse la paradoja, de que la cuestión principal se resuelva mediante los trámites del juicio verbal y el incidente de tercería por los del juicio ordinario, por lo que existe la posibilidad de que antes que se logre decidir sobre la procedencia del incidente de tercería de dominio, habrá concluido el proceso principal, para el cual se trabó la medida cautelar. Lo más correcto, hubiera sido que de acuerdo a su naturaleza incidental, la tercería siguiera los trámites que específicamente se prevén para los incidentes en el artículo 393 LEC, o incluso al todavía más sencillo juicio verbal. Sin embargo la ley es muy clara y establece que el procedimiento adecuado será el ordinario, aunque conservando las especialidades necesarias para resolver una tercería de dominio.

Pero la remisión en bloque a las normas del proceso ordinario conlleva otros problemas no resueltos, así en lo referente a la postulación. Supongamos que el proceso principal no exige la presencia de abogado o procurador, por ejemplo, en un proceso verbal cuya cuantía no exceda de 900 euros, de acuerdo a lo establecido en los artículos. 23.2.1º y 31.2.1º LEC; en este caso, para interponer la demanda de tercería de dominio, no se puede establecer con seguridad si será necesario la intervención de estos profesionales o no. La remisión a los trámites del juicio ordinario parece imponer que sí deberán de intervenir, puesto que para este tipo de procedimientos su participación es necesaria; no obstante la solución no parece acorde con la lógica. Algunos tratadistas como GARBERÍ LLOBREGAT ¹⁸⁹, postulan como solución que se debe defender la literalidad del artículo 599, que puesto que éste se remite no al procedimiento ordinario sino a los trámites previstos para el juicio ordinario, lo que debe seguirse sólo para la tramitación, pero no respecto a las normas de postulación, que se regirán por las correspondientes al pleito principal en el que se adopta la medida cautelar del que la tercería, siendo un mero incidente.

De la misma forma que el apartado anterior, no existe ninguna especialidad referida a los derechos de autor, el proceso que deberá seguir la demanda de tercería de dominio es el de proceso ordinario. Sin importar que se haya iniciado un proceso de cese o indemnización (además de otras acciones que estamos estudiando) por infracción de los derechos de autor.

¹⁸⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, José *Las Medidas Cautelares...* op.cit. pag. 205.

D.- Trámite del incidente de la tercería

D.1.) Presupuestos temporales

Existen dos plazos establecidos para la tercería de dominio: a) el primer plazo está referido al tiempo a partir del cual puede interponerse la demanda, y b) el segundo se refiere al día final para su ejercicio; estos plazos se encuentran establecidos en el artículo 596 LEC.

En primer lugar, la tercería de dominio podrá interponerse después que se haya embargado el bien o bienes a que se refiera, aunque el embargo sea preventivo. La norma es muy obvia, puesto que es un requisito imprescindible, dado que la tercería tiene como finalidad el levantamiento de un embargo es evidente que para ejercitarla se precisa que antes se haya decretado ese embargo. Ahora bien, según el artículo 587 LEC, el embargo se produce desde que así se decreta en la correspondiente resolución judicial o se describe en el acta de la diligencia de embargo. No es necesario esperar el ofrecimiento de la caución ni tampoco la publicidad de la traba como pudiera ser la anotación en un registro público, puesto que la anotación en el Registro de la Propiedad no tiene carácter constitutivo.¹⁹⁰

La segunda norma referida al límite temporal para el ejercicio de la tercería se refiere al momento en el que según la legislación civil el bien embargado se ha transmitido al acreedor o a un tercero. Este supuesto no puede darse en el ámbito estricto del embargo preventivo, sino más bien respecto del embargo ejecutivo; puesto que una vez dictada sentencia y declarada firme en el proceso declarativo y ejercitada la pretensión ejecutiva, en el marco de ese proceso de ejecución se mantenga el embargo trabado inicialmente como preventivo, en cuyo caso, y en ese proceso de ejecución sí regirá el límite temporal del artículo 596 LEC, referido a la transmisión del bien.¹⁹¹

La tercería, por tanto, podrá ejercitarse desde que se produce el embargo preventivo y durante todo el tiempo en el que con carácter de medida cautelar tal

¹⁹⁰ VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Las tercerías...* op.cit., pag. 71; GARBERÍ LLOBREGAT, José *Las Medidas Cautelares...* op.cit. pag. 205; GUERRA SAN MARTÍN, José, *Lecciones de derecho procesal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, pag. 317.

¹⁹¹ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y otro, *Derecho procesal civil*, op.cit., pag. 356.

embargo se mantenga.¹⁹²

Para la protección de los derechos de autor estos dos plazos también deberán cumplirse para la interposición de una demanda de tercería, es decir que no existe ninguna especialidad establecida en la LPI. Sin perjuicio de ello, es necesario indicar que respecto al segundo plazo, la transmisión del bien embargado se podría materializar cuando el titular del derecho infringido solicita la entrega de los ejemplares ilícitos y el material a precio de coste, a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios (artículo 139.3 LPI), dicho plazo se cumplirá en el momento que el tribunal expida la resolución que ordena la entrega de dichos ejemplares y/o el material embargado. Pero para el caso de la tercería interpuesta por el cesionario de derechos de explotación este supuesto es poco probable que se materialice.

D.2.) Legitimación activa

La LEC no permite el alzamiento de embargo de oficio, tal como establece el art. 593, por lo que será principalmente el titular del bien el que deberá ejercitar las acciones conducentes a que se declare esa titularidad y con ella se alce el embargo, lo que como se ha dicho encuentra su cauce más común a través de la tercería de dominio.¹⁹³

La legitimación activa como presupuesto material para el ejercicio de la tercería de dominio exige lo siguiente: a) que sea un tercero ajeno a la relación procesal que constituye el proceso principal, b) que acredite la titularidad del bien cuyo embargo quiere que se alce y c) que su adquisición sea anterior al propio embargo.¹⁹⁴ Así lo confirma jurisprudencia del Tribunal Supremo.¹⁹⁵

¹⁹² GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 205 y 206.

¹⁹³ VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Las tercerías...* op.cit. pag. 99; GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 202; VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Comentario...* op.cit., pag. 167.

¹⁹⁴ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel, *El proceso de ejecución*, Romargraf, Barcelona, 1982, pag. 289; GARCÍA GIL, Francisco Javier, *La protección del dominio y de la posesión*, Edisofer, Madrid, 1997, pag. 290; GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit., pag. 97.

¹⁹⁵ STS de 9 de setiembre de 1999: "...la jurisprudencia señala con detalle los requisitos imprescindibles para el éxito de la cita acción (tercería de dominio), como son: a) que quién la ejercite tenga la condición de tercero en el proceso de ejecución o apremio donde se ha practicado la traba, de manera que no sea ni ejecutante ni ejecutado, ni persona que esté obligada a responder con sus bienes de la deuda por la que se llevó a cabo la ejecución; b) que el tercerista identifique el bien o derecho objeto de su pretensión y existe

El tercero debe ser ajeno a las partes en el proceso y a las pretensiones que en el mismo se deduzcan, así lo establece claramente el artículo 595.1 LEC.

La LEC en el artículo 595.2 recoge de forma expresa que la tercería puede ser ejercitada no solo por quien se afirma dueño de la cosa embargada, sino también por quien ostente otro derecho que le permita igualmente oponerse al embargo, pero en cualquier caso debe tratarse de un tercero con relación a las partes en el proceso declarativo.

Esta condición de tercero, debe ser real y no sólo formal, que lo constituya como totalmente ajeno a la relación entre el solicitante de la medida cautelar y el afectado con la misma.¹⁹⁶ Para que exista verdaderamente esta ajenedad, no basta que sólo se alegue

plena coincidencia entre el mismo y aquel sobre el cual se practicó la traba cuyo levantamiento se solicita; y c) que el tercerista justifique el dominio o titularidad sobre el bien o derecho trabado de embargo, no bastando con la presentación de documentos preconstituídos al ser necesaria la acreditación del hecho jurídico determinante de la relación jurídico dominical y la realidad de tal dominio al practicarse la traba del embargo, y sin que los títulos de fecha posterior tengan la virtualidad de levantarlo, siempre que el adquirente supiera de esta incidencia o ella estuviera anotada preventivamente.” En el mismo sentido la STS de 7 de mayo de 2003 (RJ 2003, 3887), tras resaltar la necesidad de que la tercería sea ejercitada por un tercero añade que: “Es indiscutible que la acción de tercería de dominio requiere para su viabilidad la prueba del dominio que alega el tercerista, dominio que tiene que haber sido adquirido con anterioridad a la práctica del embargo cuyo alzamiento se pretende, así como que exista identidad entre la finca embargada y aquella sobre la que recae el derecho de dominio que invoca el tercerista. Así resulta del artículo 595.1 de la LEC.”

¹⁹⁶ Abundante jurisprudencia ha tratado precisar el concepto de tercero; la STS de 15 de febrero de 1985 dice: “antes que el problema de la propiedad de los bienes importa examinar si le demandante de la tercería es propiamente tercero, es decir, no el deudor, por ser éste de la otredad entre el tercerista y el deudor, el primero de los requisitos a tener en cuenta, como esencial que a esta acción de tercería de dominio”. La STS de 17 de mayo de 1978 establece con precisión, el concepto de tercero: “...al implicar esa modalidad procesal, una verdadera intervención principal, voluntaria ad excludendum, y post sententiam, o mejor dicho, por iudicium, de un tercero en el proceso de ejecución ya iniciado, únicamente están activamente legitimados para su ejercicio quienes ostenten una personalidad física o jurídica distintas de las del ejecutante, como se desprende de la redacción del artículo 1 539 de la vigente Ley – STS de 3 de diciembre de 1892, 4 de junio de 1928 y 24 de abril de 1969-, careciendo, por tanto, de ella quienes hayan tenido este último carácter en la litis de la que las tercerías constituyen una incidencia, como se las llama en el artículo 1 534 – STS de 13 de enero de 1913, 26 de marzo de 1929 y 22 de marzo de 1963- y los que estén ligados con dichos litigantes por la resolución jurídica que constituya el objeto de la ejecutoria-, como sucede con las compañías aseguradoras en caso de condena al pago de indemnizaciones derivadas de daños producidos por uso y circulación de vehículos de motor, dada la solidaridad que las vincula con los causantes directos del siniestro de que se trate – STS 20 de marzo de 1931 y 30 junio de 1973-“. A la necesidad de examinar si en el demandante se da la condición de tercero se refiere la sentencia de 2 de febrero de 1985: “...según el artículo 1 532 LEC, la tercería de dominio habrá de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor que ha de corresponder al “tercero” que demanda; de donde deriva como esencial que antes de examinar el problema de la propiedad de los bienes embargados ha de indagarse acerca de si el demandante de tercería es propiamente “tercero”, es decir, no es el deudor”. STS de 25 de septiembre de 1999 que señala: “la primera cuestión que debe quedar clarificada en la tercería, antes incluso que la titularidad del bien o derecho, es la atinente a determinar si el demandante es tercero, es decir, no es el deudor (STS 15-02-1985; 20-02 y 21-11 1987; 20-03-1989; 30-01-1992 y 01-04-1993, entre otras). El objeto prioritario en la de dominio no es la recuperación del bien trabado, sino el levantamiento del embargo (STS de 21-11-1987; 08-02-1991; 24-

una distinta titularidad, sino que la misma debe estar igualmente referida a lo que constituye el objeto del proceso, es decir al bien litigioso, de tal manera que se evite un posible fraude.¹⁹⁷ Esto se encuentra establecido en reiteradas sentencias del Tribunal Supremo¹⁹⁸ referido a personas jurídicas, que buscan confundir los patrimonios de éstas, con las personas naturales que la integran.

Aun no existiendo esa confusión real de personalidades o patrimonios, que buscan a través de la constitución de sociedades eludir la responsabilidad personal en lo que como se ha dicho no es sino un fraude de la Ley, la relación del tercero con la deuda que se reclama también aparta a éste de poder ejercitar la tercería, tal como por ejemplo ocurre con fiadores solidarios que son parientes del demandado¹⁹⁹. Dada su condición de solidaridad, no existe tal condición de tercero, sino que toma el lugar del deudor ejecutado.

Como señalamos anteriormente, la tercería no es una pretensión reivindicatoria, en la que por tanto no se pretende la recuperación del bien de quien lo tiene indebidamente en su poder, sino simplemente un incidente para determinar si debe

07-1992 y 01-04-1993). Tal como se recoge en la STS de 18-03-1995, a tenor de reiterada doctrina jurisprudencial de esta Sala, manifestada, entre otras, en STS de 02-02-1985: “según el artículo 1 532 LEC, la tercería de dominio habrá de fundarse en el dominio de los bienes embargados al deudor que ha de responder al “tercero” que demanda; de donde deriva como esencial que antes de examinar el problema de la propiedad de los bienes embargados ha de indagarse acerca de si el demandante de tercería es propiamente “tercero”; es decir, no es el deudor...”

¹⁹⁷ VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Las tercerías...* op.cit. pag. 206; GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 206.

¹⁹⁸ STS como la de 16 de octubre de 2001 (RJ 2001, 8634) señalan que: “La doctrina denominada del levantamiento del velo de las personas jurídicas, que viene siendo objeto de un minucioso examen por las Sentencias de esta Sala (entre las más recientes cabe citar las de 17 de octubre (RJ 2000, 8046) y 22 de noviembre –dos- de 2000 (RJ 2000, 9313 y 9314) y 5 y 7 de abril y 8 de mayo 2001 (RJ 2001, 4783, 2388 y 7381), permite penetrar en el sustrato de las sociedades para percibir su auténtica realidad y poder así averiguar si la autonomía patrimonial consustancial a la personalidad jurídica es o no utilizada como una ficción con un fin fraudulento o abusivo con el propósito de perjudicar a tercero...” negando la condición de tercero en las tercerías a esas personas jurídicas. Así ocurre igualmente en la STS de 11 de octubre de 2002 (RJ 2002, 9849) la entender que la sociedad constituida en realidad no es sino el ropaje formal de un negocio familiar negando la cualidad de tercero en las tercerías de dominio cuando hay esa coincidencia de intereses o confusión de patrimonios o personalidades entre el demandante tercerista y el ejecutado.

¹⁹⁹ La ejecución la STS de 11 de noviembre de 1997, RJ 1997, 7975; señala que: “La relación de parentesco entre donante-cedente, y donatarios y cesionarios, el carácter de fiadores solidarios de D. José Fermín y su suegra D^a Carmen, de la letra de cambio antes aludida, permiten llegar a la conclusión de que los demandantes de tercería, invocan un título que no es suficiente para que prospere su demanda y paralice la ejecución, por cuanto el interés correspondiente de todos los familiares en las operaciones de crédito y transmisión de bienes, permiten obtener la convicción de que no tienen carácter de terceros y en consecuencia no puede prosperar su demanda de tercería, porque es requisito fundamental de ésta que sea formulada por verdaderos terceros. Así lo tiene establecido esta Sala en Sentencias, entre otras, de 19 de noviembre de 1992, 20 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2212), 16 de marzo de 1992 (RJ 1992, 2189), 30 de noviembre de 1990 (RJ 1990, 9221), 24 de febrero de 1993, etc.”

alzarse o no el embargo por un error en la titularidad del bien, lo que hace que la tercería en realidad se funde en la acreditación de esa titularidad, pues de ella se derivará la consecuencia de la corrección o incorrección del embargo. Sin olvidar que la conclusión en cuanto a la titularidad en ningún caso produce el efecto de cosa juzgada, por lo que podrá ser planteada nuevamente en el proceso declarativo correspondiente según la pretensión del que se considere propietario del bien.²⁰⁰

Aunque nos referimos constantemente a la titularidad de un bien, tal vez por ser el caso más común en ejercicio de la tercería de dominio, el párrafo segundo del artículo 595 LEC también permite ese ejercicio a quienes ostenten otro tipo de derecho que igualmente les permita oponerse al embargo (por ejemplo: el derecho de usufructo, derecho de traspaso, derecho de crédito, sueldos, pensiones, etc.). En las tercerías de derecho de autor, quien puede ejercitar la tercería de dominio es el cesionario de los derechos de explotación, es decir que interviene como un legítimo tercero, puesto que los frutos o productos embargados ya no le pertenecen al autor, sino que éstos han sido cedidos a favor de este cesionario. Es decir que el cesionario de los derechos de autor podrá oponer su derecho, fundando su legitimidad en base al contrato de cesión celebrado con el autor de la obra. Esto de acuerdo a lo establecido en los artículos 43 y 45 de la LPI; que estipulan todo lo referente a la transmisión de los derechos patrimoniales del autor, y al documento por escrito donde deberá constar dicha cesión de derechos.

Finalmente, debemos indicar que las SGAE no podrán considerarse como terceros, y por lo tanto carecen de legitimidad activa para interponer una demanda de tercería. Esto se debe a que las SGAE representan los derechos patrimoniales de un autor o autores, es decir que toman el lugar del titular del derecho de autor, por lo tanto no existe esta condición de “tercero”, condición que es necesarísima para que prospere una demanda de tercería de dominio, así lo establece claramente el artículo 595.1 LEC. Además para el supuesto que manejamos de tercería, es decir en caso de cesión de los derechos de explotación a través de un contrato, no sería viable la intervención de la SGAE.

²⁰⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 209; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal civil*, op.cit., pags. 355 y 356.

D.3.) Legitimación pasiva

Respecto a quién es el demandado en la demanda de tercería de dominio, el artículo 600 LEC, señala dos casos diferentes: “La demanda de tercería se interpondrá frente al acreedor ejecutante y también frente al ejecutado cuando el bien al que se refiera haya sido por él designado. Aunque no se haya dirigido la demanda de tercería frente al ejecutado, podrá éste intervenir en el procedimiento con los mismos derechos procesales que las partes de la tercería”.

La LEC establece dos supuestos distintos, dependiendo si el demandado, haya o no designado los bienes sobre los que ha recaído el embargo. En caso que los haya designado, la demanda de tercería deberá dirigirse contra el demandante y el demandado del proceso principal; y si no lo hizo, sólo contra el demandante, aunque permitiendo la intervención del demandado si desea hacerlo.²⁰¹ Esto quiere decir que sólo se dará la situación de litisconsorcio pasivo necesario cuando la designación del bien embargado haya sido hecha por el ejecutado, único supuesto en que éste ha de ser demandado, pues en otro caso, la relación jurídica procesal queda correctamente constituida llamando a juicio, exclusivamente al ejecutante.²⁰²

En el caso especial de los derechos de autor, en realidad no existe ninguna especialidad respecto a la legitimación pasiva, puesto que se regirá por las normas establecidas en la LEC, por lo tanto dependerá si el afectado con la medida cautelar de embargo haya designado o no, los bienes sobre los cuales recayó dicha cautela.

D.4.) Adquisición previa al embargo

Otro requisito necesario para que la tercería de dominio sea declarada fundada, se refiere al momento en que se adquirió la propiedad del bien en disputa. Es decir que no basta que quien ejercite la demanda sea un tercero que acredite ser el titular del bien embargado, sino que además lo haya adquirido con anterioridad a ese embargo, así lo dispone el artículo 595.1 LEC.

²⁰¹ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 209.

²⁰² GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit., pag. 86; GUERRA SAN MARTÍN, José, *Lecciones de derecho procesal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989, pag. 326.

Con la traba del embargo no se altera la facultad del propietario de la cosa para que pueda enajenarla. Es decir que es perfectamente posible que en un momento dado a pesar del embargo sobre el bien, éste pertenezca ahora a un tercero. Tal transmisión es perfectamente válida en la relación entre el demandado-vendedor y el tercero-comprador pero no puede ser opuesta al demandante, pues en otro caso no estaríamos sino ante una vía de fraude de las expectativas que el embargo preventivo supone. Si la simple venta o transmisión del bien provocara que el embargo pueda ser alzado, con esta enajenación el demandado podría generar su descapitalización para que sus bienes pasaran a manos de terceros, y los bienes no quedar libres de ejecución alguna. Si en su caso se llegara al proceso ejecutivo donde se abriera la fase de apremio, la defensa de ese adquirente postrero se realiza a través de la intervención, esta intervención la otorga el artículo 662 LEC, para el caso de un tercer poseedor sobre todo cuando se trata de bienes muebles.

En cambio, para el Derecho procesal, la forma de determinar la prioridad temporal entre el embargo y la adquisición del tercero la encontramos en las reglas establecidas en el artículo 587 LEC, que determinan el momento del embargo. La LEC señala expresamente, dos supuestos para determinar el momento de la traba del embargo, que son desde: “que se decrete por resolución judicial o se reseñe la descripción de un bien en el acta de la diligencia de embargo, aunque no se hayan adoptado aún medidas de garantía o publicidad de la traba”. El llevar a cabo el embargo, en alguno de los dos momentos a los que se refiere el artículo 587 LEC, es el que determina la imposibilidad de que triunfe una tercería de dominio por un adquirente posterior.²⁰³ Incluso cuando el embargo pueda ser inscribible, puesto que tal acto de inscripción, ni es obligado, ni tiene efectos constitutivos.²⁰⁴

²⁰³ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 211 y 212.

²⁰⁴ Así existe jurisprudencia al respecto, la STS de 19 de abril de 2000 (RJ 2000, 2159) señala remitiéndose a la de 7 de enero 1992 (RJ 1992, 152) que: “... por naturaleza la acción de tercería de dominio tiene por objeto facultar al tercero para que pueda demostrar que el bien embargado era de su propiedad, y no del deudor, cuando se realiza la traba, y en su consecuencia debe levantarse esta restricción; así pues, sólo en el caso de que la anotación preventiva del embargo tuviese naturaleza constitutiva, habría de tenerse en cuenta (como en la hipoteca) la fecha de su inscripción registral; en cualquier otro caso, la práctica de la diligencia judicial tiene virtualidad por sí misma, y este acto constituye el objetivo de la reclamación del tercerista. La jurisprudencia de esta Sala tiene establecido, que la anotación preventiva de embargo no es obligada o necesaria, pese a los términos literales de los artículos 1453 LEC y 43.2 LH, lo que permitiría pasar a la realización forzosa de la finca o derecho aun sin aquel asiento; debiendo tener en cuenta el juzgador, en cada caso concreto, más que el aspecto doctrinal de si la anotación ha de entenderse como acto constitutivo o meramente complementario, las circunstancias de las personas interesadas, no permitiendo que se amparen en la falta de publicidad

En los procesos de tercería iniciados para protección de los derechos de explotación de los derechos de autor, deberá seguirse esta norma para incoar la demanda, puesto que es imprescindible que este contrato de cesión de derechos se haya celebrado con anterioridad a la traba del embargo. Por ello es recomendable que el contrato de cesión de derechos de explotación de derechos de autor se inscriba en Registro de Propiedad Intelectual, puesto que si bien es cierto no es obligatoria dicha inscripción, otorga seguridad jurídica al acto.

E.- Demanda de tercería de dominio

E.1.) Requisitos formales de la tercería

La interposición de la tercería de dominio deberá hacerse mediante demanda, así lo establece el artículo 595 LEC; por ello deberá cumplir con los requisitos establecidos por el artículo 399 LEC, es decir que el escrito de demanda deberá cumplir con todas las presupuestos formales y de fondo, para su admisión. Por otra parte, como señalamos anteriormente, el artículo 599 LEC exige que la tercería deba sustanciarse mediante un proceso ordinario.

Los requisitos para el escrito de la demanda son los siguientes: En principio deberá contener un encabezamiento, donde se señalen claramente los datos relativos al juzgado al que se dirija la demanda, identificación del tercerista, representado por procurador y asistido de abogado cuando sea preceptiva su intervención, tal como lo señalamos antes, y deberá identificarse al demandado o demandados, así como la pretensión que se ejercita; una enumeración de los hechos, que se narrarán de forma ordenada y clara con el objeto de facilitar al demandado su admisión o negación categórica, así lo establece el artículo 399 LEC; los fundamentos de derecho, que además de lo que se refieran al asunto de fondo planteado, se incluirán, con la adecuada separación, las alegaciones sobre capacidad de las partes, representación de ellas o del procurador, jurisdicción, competencia; y por último el suplico del tercerista solicitando

formal del embargo, ni el deudor, ni quienes con él contrataran, cooperando a la realización de cualquier acto fraudulento de los derechos del embargante, y todo ello sin perjuicio de proteger, en otro caso, al adquirente de buena fe que apoyó su adquisición en la ausencia de cargas registrales, actuándose en este supuesto a través del instituto del tercero hipotecario.”

el alzamiento del embargo, tal como lo establece el artículo 601 LEC.²⁰⁵

E.2.) Requisitos procesales de la tercería

Desde un principio la incoación de la demanda de tercería deberá de cumplir con ciertos requisitos específicos que deberán de concurrir para la admisión de la demanda; tales cuestiones hacen referencia a: 1º. La necesidad de reclamación previa en la vía gubernativa cuando la demanda se dirija contra la Administración Pública; 2º. La presentación de la demanda de un principio de prueba por escrito del fundamento de la pretensión tercerista (artículo. 595.3 LEC), y 3º. La necesidad o no de solicitar en la demanda la nulidad de la inscripción registral cuando la tercería recaiga sobre bienes inmuebles inscritos en el Registro de Propiedad. Este tercer requisito ha quedado en desuso según la jurisprudencia, como lo desarrollaremos más adelante.²⁰⁶

1º. La necesidad de reclamación previa

La Jurisprudencia del TS ha dado un tratamiento diferente a este requisito según que la tercería se suscite como consecuencia de un procedimiento de apremio administrativo o en un proceso judicial de ejecución. En el primer caso se estima necesaria la reclamación previa en la vía administrativa, así la STS de 26 de abril de 1974, en la que se desestimó la tercería por falta de este requisito. La STS de 20 de mayo de 1999 establece que: “Frente a la sentencia citada de 1 de junio de 1990, son innumerables las que entienden que la exigencia de reclamación previa en la vía administrativa tiene como finalidad esencial evitar que la Administración se vea envuelta en un proceso sin haber tenido posibilidad de evitarlo, por lo que debe atribuirse a dicha reclamación previa administrativa, una naturaleza semejante a la conciliación...”. En el segundo caso no se estima necesario el cumplimiento de este requisito al no ser la tercería un procedimiento autónomo.²⁰⁷

El artículo 595 exige que junto con la demanda de tercería deberá aportarse un

²⁰⁵ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal civil*, op.cit., pag. 355; GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 212.

²⁰⁶ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit., pag. 87; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal civil*, op.cit., pags. 355 y 356.

²⁰⁷ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit., pag. 93.

principio de prueba por escrito que contenga el fundamento de la pretensión del tercerista; además deberá presentar todos aquellos documentos en los que el tercerista funde su pretensión, además de todos aquellos relativos a la representación, tal como se establece en los artículos 264 y 265 LEC. Debemos diferenciar la presentación de estos dos tipos de documentos, puesto que mientras que la falta de presentación de los documentos en los que el demandante funda su pretensión no provoca la inadmisión de la demanda, la falta de presentación de un principio de prueba sí la provoca, tal como establece el artículo 596.2 LEC. Por ello es inexcusable que el tercerista acompañe con su demanda de tercería de dominio un principio de prueba por escrito que acredite la seriedad de su pretensión. Se trata con ello de evitar tercerías infundadas que no pretendan sino la paralización del proceso de ejecución y el alzamiento de la medida cautelar que lo garantiza.²⁰⁸

2º. La presentación de un principio de prueba junto con la demanda

Este principio de prueba no puede ser de cualquier clase, sino que necesariamente deberá ser por escrito, es decir que podrá acreditarse mediante cualquier tipo de documentos, ya sean públicos, o documentos privados; siempre y cuando contengan el derecho en base al cual acciona el tercerista.

Este principio de prueba contiene por escrito el fundamento de la pretensión del tercerista (artículo 595.3), sin el cual el tribunal la “rechazará de plano y sin sustanciación alguna” (artículo 596.2), aunque debe estimarse que se trata de un defecto subsanable. Se trata de un documento procesal (de ahí la posibilidad de subsanación de su falta de aportación) que no se debe confundir con el o los documentos en que la parte funde su derecho, esto es, aquel que sirve de base a la justificación del derecho invocado y a la estimación de la pretensión.²⁰⁹

Es necesario diferenciar, la aportación de un principio de prueba no quiere decir que la prueba deba ser plena, y que por ello la misma sea suficiente para acreditar la titularidad del derecho afirmada por el tercerista en su demanda; sino que simplemente deberá acompañarse un documento del que pueda deducirse la seriedad de la pretensión,

²⁰⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 212 y 213.

²⁰⁹ MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de...* op.cit., t. II, pag. 1684.

con independencia de todas las pruebas que puedan presentarse a lo largo del incidente, y cuya valoración final determinará si el demandante ha acreditado su dominio, y por lo tanto, deba alzarse el embargo adoptado.²¹⁰

3°. La necesidad o no de solicitar en la demanda la nulidad de la inscripción registral.

Como lo señalamos anteriormente, este requisito ha quedado en desuso, puesto que la tercería es sólo un incidente del proceso de ejecución, y por lo tanto su pretensión es meramente el alzamiento del embargo, sin perjuicio de que el actor tiene el derecho de solicitar la nulidad del asiento registral en otro proceso diferente.²¹¹

Para la protección de los derechos de autor, tampoco es necesario que para que se admita a trámite la tercería se haya solicitado previamente la nulidad de un asiento del Registro de propiedad intelectual. Al contrario, al tratarse de una tercería ejercitada por el titular cesionario de los derechos de explotación, en muchas ocasiones éste contrato de cesión se encontrará inscrito en el Registro; pero esta inscripción sólo otorga publicidad al acto, en ningún caso será un requisito para la perfección y validez del contrato de cesión.

²¹⁰ Al respecto la STS de 11 de febrero de 1999 (RJ 1999, 651) señala que: “ con la demanda de tercería deberá presentarse título en que se funde, pero ello ha sido interpretado jurisprudencialmente en sentido amplio, bastando la justificación de una apariencia de buen derecho, sin perjuicio de que, cumplido el requisito y dado curso a la demanda, el actor tenga que acreditar plenamente su derecho, por ser carga que le corresponde. (SS. entre otras, de 5 de octubre de 1972 (RJ 1972, 3914) y 19 de febrero de 1992 (RJ 1992, 1321), de modo que para dar curso a la demanda se requiere la presentación con la misma de un documento que justifique *prima facie* el dominio, pero isn que se exija ni pueda exigirse, según doctrina de esta Sala, que el documento necesite hacer prueba plena de la demanda, pues es al resolver el fondo del litigio donde ha de hacerse el análisis y el exámen de dicho título cuyo examen, calificación y alcance constituye la esencia de la acción ejercitada (STS de 14 de febrero de 1995), en consonancia, claro es, con el resto de las pruebas que se practiquen en el pleito.”

²¹¹ La STS de 6 de marzo de 1990: “...que conforme a esa nueva corriente jurisprudencial superando un anterior interpretación rigurosa del precepto contenido en el número 2.º del artículo 38 LH que exige el ejercicio previo al menos coetáneo, con la acción contradictoria del dominio inscrito, se pasa a la más actual, más acertada desde el plano hermenéutico jurídico-social y flexibilizadora del tráfico-jurídico, estableciendo que el hecho de haber ejercitado el actor una acción contradictoria del dominio que figura inscrito a nombre de otro en el Registro de la Propiedad, sin solicitar nominal ni específicamente la nulidad o cancelación del asiento contradictorio, lleva claramente implícita una petición de nulidad o cancelación del asiento contradictorio, y no puede ser causa, haciendo uso de un error y omisión en el suplico de la demanda, de que se inadmita ésta y, por tanto, se deniegue la petición respecto a la titularidad dominical, cuando además, puede pedirse la rectificación del Registro en trámite de ejecución de sentencia, cuando la nulidad o la cancelación de la inscripción (ya sea total o parcial) fue una consecuencia del juicio y no hubiera terceros interesados”.

F.- Efectos de la admisión de la demanda

Los tres numerales del artículo 598 LEC, establecen tres efectos provenientes de la admisión de la demanda. Sin embargo debemos señalar que estas tres consecuencias realmente no responden a una correcta sistemática, puesto que el segundo de ellos, referido a la posibilidad de que el tercerista deba prestar caución, es más bien un requisito para la admisión de la demanda que un efecto.

El primer efecto de la admisión de la tercería es que se suspende la ejecución del bien a que se refiera, así lo establece expresamente el artículo 598.1 LEC. Ahora bien esta suspensión se refiere únicamente al bien específico señalado en la demanda de tercería, puesto que el embargo podría afectar a más de un bien, como usualmente lo es en la práctica.²¹²

Debemos señalar que en sentido estricto, esta norma resulta inaplicable en el ámbito del embargo preventivo, sino que más bien se aplica al embargo ejecutivo. Esto debido a que la suspensión a que se refiere está relacionada con la posible realización del bien para el pago al acreedor, es decir que se suspende en tanto se tramita la tercería y mientras se discutiese precisamente la regularidad del embargo al reclamar un tercero la titularidad del bien sobre el que recae. Lo que se suspende es la fase de apremio que obviamente no se abre cuando estamos ante embargo preventivo.

El segundo efecto establecido en el artículo 598.2 LEC consiste en que el tribunal, previa audiencia de las partes, de considerarlo necesario, podrá condicionar la admisión de la demanda a que el tercerista preste una caución por los daños y perjuicios que pudiera ocasionar al acreedor ejecutante.

Como señalamos anteriormente, en realidad esto no es un efecto de la admisión de la demanda de tercería, sino más bien es un requisito que puede establecerse para esa admisión. Esta exigencia de prestación de caución constituye una prevención que la ley procesal adopta para evitar maniobras fraudulentas en contra de la eficacia de los embargos trabados. Otras prevenciones que señalamos anteriormente son la exigencia

²¹² GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 214.

de que el tercerista sea efectivamente un tercero, la prohibición de segundas o ulteriores tercerías, que se presente un principio de prueba y que pueda decretarse la mejora del embargo por el simple hecho de la admisión de la demanda.

El primer efecto de la admisión de la demanda de tercería es que se logra suspender la ejecución con relación al bien embargado, esto puede suponer un claro perjuicio para el ejecutante, aunque sea nada más que por dilación del tiempo, puesto que supone un aplazamiento con relación a la ejecución y, por tanto, la satisfacción de su crédito. Por ello consideramos que la exigencia de una caución es una consecuencia de este primer efecto, y no en sí un efecto de la admisión de la demanda, y en todo caso un requisito para la admisión de la tercería. No obstante, como antes vimos, la suspensión de la ejecución resulta irrelevante con relación al embargo preventivo, ya que en ningún caso puede abrirse la fase de apremio, por lo que esa garantía para la posición del demandante con relación al embargo pierde la parte esencial de su fundamento; aun así no puede descartarse que en algún caso concreto se exija al tercerista que otorgue una caución a pesar de que su demanda cumpla con todos los requisitos legales, en razón de que el juez alberga dudas con relación al título que se presenta.

Es una potestad del juez exigir esta caución, por ello no debe imponerse obligatoriamente, sino sólo en el caso que lo considere necesario. La norma establece que la caución será exigible directamente o previa audiencia a las partes, opción que depende del criterio judicial de entender necesario oír previamente a las partes ya que realmente la decisión sobre la necesidad de la caución sólo puede estar basada en la propia documentación que se presente con la demanda de tercería, lo que puede suponer tener pocos elementos de juicio para adoptar la decisión.²¹³

La ley no establece ningún criterio judicial para deslindar en qué casos es necesaria la prestación de caución y en cuáles no, de tal forma será la discrecionalidad judicial la que lo determine, de la misma manera respecto a la necesidad de audiencia previa a las partes. Esta decisión estará supeditada y tendrá una relación directa con el título presentado por el tercerista, así como sobre el daño que pueda ocasionar la

²¹³ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 215.

dilación de la ejecución en las expectativas del demandante, esto además servirá para delimitar la cuantía de la caución.

El artículo 598 LEC se remite al artículo 529 LEC en cuanto a la forma en la que debe ser otorgada la caución, el mismo que establece expresamente lo siguiente: “constituirse en dinero efectivo, mediante aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento emitido por entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca o por cualquier otro medio que, a juicio del tribunal, garantice la inmediata disponibilidad, en su caso, de la cantidad de que se trate.”

La ley tampoco establece el plazo que el juez debe otorgar al tercerista para que preste la caución, por lo que nuevamente la cuestión se sujeta a la discrecionalidad judicial, si bien el mismo lógicamente dependerá de los datos de solvencia que puedan tenerse sobre el tercerista y la cuantía del embargo. Si el tercerista cumple con otorgar la caución dentro del plazo fijado, y además se cumplen el resto de requisitos legales se admitirá a trámite la demanda de tercería, en caso contrario se inadmitirá.

Por último, como tercer efecto el artículo 548.3 LEC señala que: “la admisión de una tercería de dominio será razón suficiente para que el tribunal, a instancia de parte, ordene, mediante providencia, la mejora del embargo.”

La posibilidad de mejorar el embargo no es un efecto automático de la admisión de la tercería, pues sólo se acordará si la parte demandante así lo solicita. Esta es otra garantía que se otorga al demandante del proceso principal, dada la necesidad de no perjudicar la garantía que el embargo realizado constituía para él, puesto que es evidente que la admisión de la tercería hace peligrar el mantenimiento del embargo que asegura su pretensión.

Este tercer efecto tiene una estrecha relación con el artículo 612 LEC que permite modificar el embargo cuando un cambio de circunstancias haga dudar de la suficiencia de los bienes embargados. No es necesario que el demandante del proceso principal tenga que acreditar cumplidamente ese cambio de circunstancias, pero es evidente que la admisión de la demanda, provoca en casos concretos que exista una insuficiencia, por lo que será necesario acordar la mejora del embargo. No obstante, el

juez tampoco está obligado por la petición de la parte, por lo que deberá realizar un juicio si realmente existe esa disminución real de la garantía que constituye el embargo.²¹⁴

H.- Resolución del incidente de tercería de dominio

Una vez contestada la demanda, se seguirán los trámites del juicio ordinario sin mayor especialidad que el hecho de que el incidente no concluye con sentencia sino mediante auto, según se establece en el artículo 599 LEC.

El auto debe contener dos declaraciones: la primera, sobre la titularidad del bien en conflicto; y la segunda, consecuencia de la anterior, sobre el alzamiento del embargo. No obstante, el objeto de la tercería es la determinación de la corrección del embargo, por lo que la declaración sobre la titularidad no debe de entenderse sino como un antecedente necesario para esa determinación, de ahí que el artículo 603 LEC niegue expresamente el efecto de cosa juzgada, lo que implica que aunque se declara la titularidad a favor del tercerista éste no podrá esgrimir tal declaración en proceso distinto y que cabe plantear nuevamente la titularidad en un proceso distinto.

H.1.) Auto estimatorio de la demanda

Cumplidos los requisitos formales y de fondo del proceso y habiendo probado que el demandante es efectivamente tercero, que es el titular del bien, que dicho bien es el efectivamente embargado y que su titularidad es anterior al embargo, el juez dictará auto en el que acordará levantar el embargo, estimando la pretensión del tercerista. Esto supone la devolución de aquella cantidad que el tercerista hubiera tenido que entregar en concepto de caución para la admisión de la tercería y el alzamiento de cualquier medida de garantía que se hubiera acordado con relación al bien embargado.

H.2.) Auto desestimatorio

Si los anteriores requisitos de forma o fondo no se cumplen, el juez no podrá

²¹⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 216.

declarar la titularidad del bien embargado a favor del tercerista, con lo que se declarará la procedencia del embargo, desestimando la tercería. Esto implica además que la suspensión con relación al embargo se alce, pudiendo continuar con la ejecución del bien. La caución que se prestó, si es que así lo ordenó el juez (artículo 598.2), servirá entonces para satisfacer los daños y perjuicios que hubieran podido producirse al demandante, que podrá acreditar a través del procedimiento establecido en los artículos 712 y siguientes LEC.

6.3.- Las pretensiones derivadas de los contratos de derechos de autor.

La LPI regula expresamente dos contratos importantes: A.- El contrato de edición, contemplado en el Libro I, Título V, Capítulo II; y, B.- El contrato de representación teatral y ejecución musical, Libro I, Título V, Capítulo III.

En cada uno de estos contratos encontraremos dos partes que se obligan mutuamente a una o más prestaciones, las cuales en caso de incumplimiento total, parcial o defectuoso, podrán accionar solicitando tutela judicial efectiva.

Ahora analizaremos cuáles son esas obligaciones establecidas en cada uno de los contratos:

A.- El contrato de edición

A.1.) Concepto

El contrato de edición es un contrato consensual y sinalagmático, en cuya virtud el autor o le propietario de una obra literaria o artística confiere a otra persona, el editor, mediante un precio, el derecho de reproducir su obra, con fines o menos lucrativos. También se puede definir como el contrato por virtud del cual el editor, obligándose a reproducir mecánicamente y a difundir una obra literaria, científica o artística, que el autor le ha confiado, adquiere el derecho exclusivo de publicarla y explotarla.²¹⁵

²¹⁵ LASSO DE LA VEGA, Javier, *El contrato de edición*, Madrid, 1949, pag. 93; ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria*, Editorial Comares, Granada, 1994, pag. 188; FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Contrato de edición y su práctica jurídica*, Dijusa, Madrid, 2006, pag.15. Por su parte

Por su parte la LPI define al contrato de edición como aquél en que el autor o sus derechohabientes ceden al editor, mediante compensación económica, el derecho de reproducir su obra y el de distribuirla. El editor se obliga a realizar estas operaciones por su cuenta y riesgo en las condiciones pactadas y con sujeción a lo dispuesto en la LPI, así lo establece el artículo 58.

A.2.) Pretensiones de Nulidad de contrato y Subsanación de omisiones

Estas pretensiones se encuentran especificadas en el artículo 61 LPI, proceden cuando en la formalización del contrato no se encuentran establecidos los requisitos mínimos para el perfeccionamiento del mismo, establecidos en el artículo 60 LPI. Estas pretensiones, dependiendo de los requisitos omitidos, y de la importancia de los mismos, podrán subsanarse o no. Estas pretensiones son:

1º Nulidad de contrato, cuando éste haya omitido expresar en su contenido: i) el número máximo y mínimo de ejemplares que alcanzará la edición o cada una de las que se convengan; y, ii) la remuneración del autor, que deberá establecerse conforme a lo dispuesto en el artículo 46 LPI.

2º Subsanación de omisiones, que compele recíprocamente a los contratantes, de establecer: i) El plazo para la puesta en circulación de los ejemplares de la única o primera edición; éste no podrá exceder de dos años contados desde que el autor entregue al editor la obra en condiciones adecuadas para realizar la reproducción de la misma; y, ii) El plazo en que el autor deberá entregar el original de la obra al editor. En ambos casos y en defecto de acuerdo, lo hará el Juez atendiendo a las circunstancias del contrato, a los actos de las partes en su ejecución y a los usos.²¹⁶

el TS califica al contrato como “de edición” a aquél: “...contrato en que las partes asumen conjuntamente los gastos y beneficios de la reproducción y distribución de una obra literaria” STS de 14 de octubre de 1983 (RJA, 1983, nro. 5326).

²¹⁶ En este sentido se manifiesta la STS de 16 de septiembre de 1986, (RJA, 1986, nro. 4710) en los siguientes términos: “La existencia de un contrato normado permite aplicar la doctrina de la nulidad parcial del contrato o de la revisión de ajuste en las prestaciones llevadas al momento de la perfección del contrato, para su adecuación a la legalidad, sin que ello comporte la nulidad total del contrato, como se ha mantenido por este Tribunal en situaciones análogas”.

A.3.) Resolución de contrato, por falta de edición en otros idiomas

Esta pretensión se podrá ejercitar cuando se trate de la edición de una obra en forma de libro, y se haya establecido la obra se editará en varias lenguas españolas oficiales, la publicación en una de ellas no exime al editor de la obligación de su publicación en las demás.

Si transcurridos cinco años desde que el autor entregue la obra, el editor no la hubiese publicado en todas las lenguas previstas en el contrato, el autor podrá resolverlo respecto de las lenguas en las que no se haya publicado. Esto se aplicará también para las traducciones de las obras extranjeras en España. Así lo establece el artículo 62 LPI.

A.4.) Pretensión en caso de incumplimiento de obligaciones

El contrato de edición es sinalagmático ya que crea para ambas partes, autor y editor, obligaciones recíprocas (artículo 1 124 CC). El principal efecto de este tipo de relación obligacional es la ejecución simultánea de las obligaciones asumidas recíprocamente, lo cual permite la aplicación de la *exceptio non adimpleti contractus*, la *compensatio mora*, la resolución por incumplimiento, así como la aplicación de la teoría de los riesgos contractuales.²¹⁷

A.4.1.) Incumplimiento de obligaciones por parte del editor

El artículo 64 LPI, establece taxativamente cuales son las obligaciones del editor, y al igual que en los contratos comunes, como es evidente, en caso de incumplimiento el acreedor podrá solicitar al juez, el cumplimiento de las mismas (o en caso de negativa el autor podrá resolver el contrato, tal como lo estudiaremos más adelante) con la indemnización de daños y perjuicios que se hayan ocasionado.

²¹⁷ ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria...* op.cit., pag. 176. Asimismo al respecto DIEZ PICAZO, Luis, *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Madrid, 1979, pag. 558, desarrolla la reciprocidad o interdependencia de las obligaciones, aplicable a los contratos de edición.

Las obligaciones del editor son:

1º. Reproducir la obra en la forma convenida, sin introducir ninguna modificación que el autor no haya consentido y haciendo constar en los ejemplares el nombre, firma o signo que lo identifique.

Si bien es cierto la propia definición legal de reproducción es una obligación del editor, no es menos cierto que también constituye un derecho suyo en la medida que es un cesionario del derecho de reproducción y podría haber sido así considerada.²¹⁸ Sin embargo para la LPI y para los fines de nuestro estudio, la reproducción es una obligación cuyos términos específicos deberán encontrarse plenamente establecidos en el contrato.

2º. Someter las pruebas de la tirada al autor, salvo pacto en contrario.

La corrección de las pruebas de la tirada en el contrato de edición corresponden al régimen de prevalencia de los derechos morales sobre el aspecto patrimonial de la relación entre el autor y su obra, esta corrección adquiere una conexión lógica con el derecho a la modificación de la obra (art. 14.5 LPI), así como con el derecho a exigir el respecto a la integridad de la misma (art. 14.4. LPI), una vez que, a través de la corrección de las pruebas, puede el autor verificar si ha sido respetada o no la entereza de su texto, incluso, dentro de ciertos límites, realizar modificaciones.²¹⁹

3º. Proceder a la distribución de la obra en el plazo y condiciones estipulados.

²¹⁸ FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Contrato de edición...* op.cit., pag. 131; ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria...* op.cit., pags. 285 y 286. Es necesario señalar que existe una corriente doctrinaria que defiende que la reproducción debería ser estudiada únicamente desde la perspectiva de los derechos del editor, aunque reconociendo los límites impuestos por el derecho moral a la paternidad e integridad de la obra: LAUTEBOURG, Werner, *Du Contrat D'Édition et de la Nature Juridique du Droit de L'Auteur*, Ginebra, 1915, pags. 221 y sgtes., POUILLET, Eugène, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3.ª ed., París, 1908, pag. 342 y sgtes.

²¹⁹ ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria...* op.cit., pags. 310 y 311. Esto se encuentra relacionado con el denominado *sentido de colaboración* que debe existir entre autor y editor de la obra, al respecto: DE SANCTIS, V., "Contrato di edizione", *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXXI, t. 1, Milano, 1984, pag. 206; ARIENZO, "Il Contrato di Edizione", *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. IV, pag. 414.

Esta obligación de distribución consiste en que el editor debe hacerse notar por el empeño comercial en dar una adecuada explotación a la obra, con el fin de que la edición sea un éxito, dentro de sus condiciones específicas, ya que de nada sirve un proceso perfecto de reproducción, generador de ejemplares de la obra, de acuerdo con las voluntades expresadas contractualmente por las partes, si después ese esfuerzo industrial se ve mermado por un fracaso comercial. No es suficiente conseguir que los libros lleguen al mercado, es necesario establecer una correcta política de precios, ofrecer una adecuada propaganda del producto y saber manejar mecanismos del mercado para garantizar una adecuada explotación económica.²²⁰

Es difícil que la editorial lleve de forma individual todas estas actividades comerciales. Lo usual es que firme diversos contratos con intermediarios, especialmente un “contrato de distribución editorial”, que permite que otros empresarios que dominen la técnica de reparto de mercados lleven a cabo con mayores posibilidades de éxito la explotación comercial del libro. El autor no tiene relación directa en estos contratos que la editorial firma con las empresas distribuidoras, no respondiendo en ninguna medida por eventuales obligaciones asumidas por el editor. Éste, al firmar el contrato de edición, asume por su cuenta y riesgo las obligaciones de reproducir y distribuir la obra, no pudiendo exigir que el autor posteriormente comparta con él responsabilidades en la tarea distribuidora.²²¹

4º. Asegurar a la obra una explotación continua y una difusión comercial conforme a los usos habituales en el sector profesional de la edición.

El contrato de edición tiene una causa muy específica, contenida en la obligación de editar una obra. Para dar efectividad a esta causa, es necesario que el proceso de edición sea continuo y posibilite una adecuada explotación de la obra. La obligación de explotación continua de la obra es notoriamente de tracto sucesivo.

En un área reservada a los usos del sector editorial, serán éstos los elementos que determinarán qué se debe entender por explotación continua. De modo genérico se

²²⁰ ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria...* op.cit., pag. 317.

²²¹ HERRERO GARCÍA, Mª José, “Comentario al artículo 64”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (director Bercovitz, R.) Madrid, 1989, pag. 1001, ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria...* op.cit., pags. 317 y 318.

puede afirmar que el editor tiene una obligación de ir poniendo en el mercado de forma continuada, ejemplares de la obra. Por lo que se suele exigir que el editor mantenga una adecuada publicidad, haciendo constar el título de la obra en sus catálogos, que siga anunciando la obra en revistas especializadas y distribuyendo ejemplares ya previamente destinados a su promoción; e incluso, podría exigírsele que actúe con diligencia a la hora de contratar terceros para tareas de distribución o reimpresión.²²²

5°. Satisfacer al autor la remuneración estipulada y, cuando ésta sea proporcional, al menos una vez cada año, la oportuna liquidación, de cuyo contenido le rendirá cuentas. Deberá, asimismo, poner anualmente a disposición de autor un certificado en el que se determinen los datos relativos a la fabricación, distribución y existencias de ejemplares. A estos efectos, si el autor lo solicita, el editor le presentará los correspondientes justificantes.

6°. Restituir al autor el original de la obra, objeto de la edición, una vez finalizadas las operaciones de impresión y tirada de la misma.

La imposición del deber de restitución busca evitar eventuales abusos por parte de los cesionarios de los derechos de explotación y reproducción, que poseedores del original de la obra podrían usarla indebidamente. Con esta disposición, una vez más se corrobora la naturaleza de la transmisión de derechos en materia de contrato de edición. Mediante este contrato, el autor tan solo transfiere el derecho de reproducir y distribuir su obra, pero ésta, incluso por lo que respecta a su soporte material, sigue perteneciendo al autor. Así, cuando el autor o cesionario de derechos de autor entrega los negativos de una obra fotográfica o bocetos de un diseño para la realización de una edición gráfica en forma de libro, terminadas las tareas de reproducción, los originales tienen que ser devueltos a su propietario. La edición de una obra literaria en forma de libro corresponde, en innumerables supuestos, a la hipótesis de obras en colaboración, donde al lado del texto escrito aparecen ilustraciones, fotografías, diseños, etc. En estos casos, la práctica editorial determina la entrega de los originales (planchas, clichés, diseños) que serán reproducidos, de modo que los autores de la parte pictórica, o el autor del

²²² ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria...* op.cit., pags. 331 y 332.

texto, en cuanto cesionario de los otros derechos –cuando sea el caso- pueden exigir la devolución del original una vez terminado el proceso de edición.²²³

A.4.2.) Incumplimiento de las obligaciones por parte del autor

En este caso de incumplimiento al tratarse de obligaciones personalísimas o infungibles (dada las características de cada autor, como lo señalamos anteriormente), sólo se requerirá al autor para que cumpla con la obligación en un plazo determinado, y en caso de negativa se solicitará el pago de los daños y perjuicios ocasionados a la otra parte.

Las obligaciones del autor, establecidas en el artículo 65 LPI, son:

1º. Entregar al editor en debida forma para su reproducción y dentro del plazo convenido la obra objeto de la edición.

Esta obligación consiste en que el autor entregue el *corpus mechanicum* de la obra, con el fin que el editor de inicio al proceso de edición. La norma al referirse a “debida forma” significa que el autor está obligado a entregar la obra en una forma idónea capaz de permitir su reproducción con el menor índice de dificultades técnicas posible. En la práctica de la edición literaria se suele exigir que el autor entregue el manuscrito mecanografiado, impreso por ordenador o por lo menos en forma legible.²²⁴

2º. Responder ante el editor de la autoría y originalidad de la obra y del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiese cedido.

²²³ ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria...* op.cit., pag. 339. Al respecto señala lo siguiente: “No está de menos recordar que nos estamos refiriendo al contrato de cesión de derechos de autor. En otras fórmulas contractuales (por ejemplo el encargo de obra) la propiedad del soporte material (esbozos, pinturas, esculturas, etc.) pueden pertenecer a persona distinta del autor. Es exactamente para estos supuestos que entendemos está pensado el art. 14.7 LPI.”

²²⁴ ÁLVAREZ DE BENITO, Pedro, *Las obligaciones del autor en el contrato de edición*, Bosch, Barcelona, 1998, pag. 107 y sgtes., DESANTES, José María, *La relación contractual entre autor y editor*, Pamplona, 1970, pag. 138, ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria...* op.cit., pags. 342 y 343; DUMAS, Roland, *La propriété littéraire et artistique*, París, 1987, pag. 276; COLOMBET, Claude, *Propriété littéraire et droits voisins*, 3ª ed., París, 1986, pag. 279, DE SANCTIS, Vittorio M., op.cit., pag. 178.

Esta es una responsabilidad asumida contractualmente por el autor y la que deriva de su actividad como literato, llegando incluso a referirse a una responsabilidad civil del escritor²²⁵ que abarcaría no sólo los supuestos de plagio sino también otros daños posiblemente causados al editor, a terceros cesionarios o al público en general. Esta responsabilidad puede ser resumida en tres cuestiones básicas: el plagio, la ofensa de derechos de terceros (la parodia) y la violación del pacto de exclusiva.²²⁶

3º. Corregir las pruebas de la tirada, salvo pacto en contrario.

Este deber de corrección es una labor que realizará el autor (en beneficio propio) necesaria para garantizar que su pensamiento esté fielmente reflejado en el texto, sin errores del tipo de fuere (puntuación, ortográficos, tipográficos, etc.) que alteren el texto, provoquen su mala interpretación o confundan el sentido de la idea transmitida.²²⁷

A.5.) Pretensión de Resolución de contrato

Es necesario destacar que el legislador presenta causas específicas de resolución de contrato de edición por parte del autor²²⁸, dejando para el editor únicamente la causa genérica del incumplimiento de las obligaciones asumidas, por la vía del art. 1 124 CC.²²⁹

El artículo 68.1 LPI establece que sin perjuicio de las indemnizaciones de daños y perjuicios a que tenga derecho, el autor podrá resolver el contrato de edición en los casos siguientes:

²²⁵ SAVATIER, Rene, *Le droit de l'art et des lettres*, París, 1954, pags. 154 y sgtes.

²²⁶ ÁLVAREZ DE BENITO, Pedro, *Las obligaciones del autor...* op.cit., pags. 222 y sgtes., ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria...* op.cit., pag. 352.

²²⁷ DESANTES, José María, *La relación contractual...* op.cit., pag. 167 y sgtes., GAYA SICILIA, Regina, Comentarios al art. 65", en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 3º ed., (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.) Tecnos, Madrid, 2007, pag. 1028, ÁLVAREZ DE BENITO, Pedro, *Las obligaciones del autor...* op.cit., pags. 368.

²²⁸ ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria...* op.cit., pag. 176.

²²⁹ MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, "Comentarios al artículo 68" en *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, (director Rodrigo Bercovitz), Madrid, 1989, pag. 1077, señala lo siguiente: "... deberá bastar con que el editor se ofrezca a cumplir, ya que, por definición, no podrá empezar a cumplir su obligación principal (editar la obra) mientras que el autor no le proporcione el original para su reproducción".

1°. Si el editor no realiza la edición de la obra en el plazo y condiciones convenidos.

2°. Si el editor incumple alguna de las obligaciones mencionadas en los apartados 2, 4 y 5 del artículo 64, no obstante el requerimiento expreso del autor exigiéndole su cumplimiento. Esto es: 2. No se someta las pruebas de la tirada al autor (salvo pacto en contrario); 4. No se dé a la obra una explotación continua y una difusión comercial conforme a los usos habituales en el sector profesional de la edición; y 5. No pagar al autor la remuneración estipulada y, cuando ésta sea proporcional, al menos una vez cada año.

3°. Si el editor procede a la venta como saldo o a la destrucción de los ejemplares que le resten de la edición, sin cumplir los requisitos establecidos en el artículo 67. Esto es: 1. Antes de dos años de la inicial puesta en circulación de los ejemplares. 2. Transcurrido dicho plazo, si el editor decide vender como saldo los que le resten, lo notificará fehacientemente al autor, quien podrá optar por adquirirlos ejerciendo tanteo sobre el precio de saldo o, en el caso de remuneración proporcional, percibir el 10 % del facturado por el editor. La opción deberá ejercerla dentro de los treinta días siguientes al recibo de la notificación. 3. Si, tras el mismo plazo, el editor decide destruir el resto de los ejemplares de una edición, deberá asimismo notificarlo al autor, quien podrá exigir que se le entreguen gratuitamente todos o parte de los ejemplares, dentro del plazo de treinta días desde la notificación.

4°. Si el editor cede indebidamente sus derechos a un tercero.

5°. Cuando, previstas varias ediciones y agotada la última realizada, el editor no efectúe la siguiente edición en el plazo de un año desde que fuese requerido para ello por el autor. Una edición se considerará agotada a los efectos de este artículo cuando el número de ejemplares sin vender sea inferior al 5 % del total de la edición y, en todo caso, inferior a 100.

6°. En los supuestos de liquidación o cambio de titularidad de la empresa editorial, siempre que no se haya iniciado la reproducción de la obra, con devolución, en su caso, de las cantidades percibidas como anticipo.

7º Por su parte el numeral 2 del artículo 68, establece que cuando por cese de la actividad del editor o a consecuencia de un procedimiento concursal se suspenda la explotación de la obra, la autoridad judicial, a instancia del autor, podrá fijar un plazo para que se reanude aquélla, quedando resuelto el contrato de edición si así no se hiciere.

A.6.) Contrato de edición musical

El artículo 71 LPI, establece este tipo especial de contrato de edición, que se regirá por todo lo dispuesto para el contrato de edición de obras escritas, salvo algunas especificaciones respecto al plazo, venta de saldo y algunas causales de extinción de contrato. En este contrato de edición de obras musicales o dramático-musicales se conceden además al editor derechos de comunicación pública.

Para este tipo especial de contrato existe lo que se denomina control de tirada, que no es sino, el control que se ejerce del número de ejemplares de cada edición. Este control se realizará a través del procedimiento que reglamentariamente se establezca, oídos los sectores profesionales afectados, así lo establece el artículo 72 LPI.

Asimismo se establece una nueva causal de resolución de este contrato puesto que en caso de incumplimiento por parte del editor de los requisitos que a tal efecto se dispongan, el autor o a sus causahabientes podrán resolver el contrato, sin perjuicio de las responsabilidades en que hubiere podido incurrir el editor.

B.- El contrato de representación teatral y ejecución musical

B.1.) Concepto

Es el contrato a través del cual el autor o sus derechohabientes ceden a una persona natural o jurídica el derecho de representar o ejecutar públicamente una obra literaria, dramática, musical, dramático-musical, pantomímica o coreográfica, mediante compensación económica. El cesionario se obliga a llevar a cabo la comunicación pública de la obra en las condiciones convenidas y con sujeción a lo dispuesto en la LPI, así lo establece el artículo 74 LPI.

Esta definición legal acierta al poner de relieve las prestaciones principales de cada parte contratante. El autor o sus causahabientes ceden el derecho de representar o ejecutar una obra y el cesionario se obliga a retribuir esa cesión y llevar a cabo la representación o ejecución de la obra. Este contrato supone el primer paso que dan un empresario para crear un espectáculo escénico visual o sonoro/visual²³⁰, ofrecido por unos intérpretes y ejecutantes al público presente en la sala o recinto, que adopta el papel de espectador. Ese primer paso deberá complementarse con otros ulteriores o coetáneos, tendentes al montaje de la obra teatral por parte del director de escena y los artistas intérpretes o ejecutantes.²³¹

La definición legal se refiere a dos clases de contratos diferentes, según sea la modalidad de explotación que se concede, estos contratos son: a) de representación, y, b) de ejecución.²³²

B.2.) Objeto del contrato

El objeto del contrato de representación teatral consiste en la cesión del derecho de representar una obra teatral, mientras que la causa es la comunicación pública escénica de dicha obra.

El contrato versa sobre la transmisión inter vivos de uno de los derechos de explotación de la obra teatral que corresponden al autor. Mediante el contrato que estudiamos, sólo se transmite el derecho de comunicación pública directa de la obra, es decir, su representación escénica. Todos los demás derechos de explotación como la reproducción, distribución, comunicación pública en modalidad distinta a la escénica y transformación, quedarán en manos del autor y será necesaria su autorización para la explotación, salvo en los casos previstos en el art. 17 LPI.²³³

²³⁰ FABIANI, Mario y DE SANTIS, Vittorio M., “Il contratti di diritto di autore”, *Trattato di diritto civile e commerciale*, (dir. A. Cicu y F. Messineo), tomo I, vol. XXXI, Milano, 2000, pag. 171, en donde FABIANI pone de relieve que la representación presupone una acción escénica.

²³¹ RANGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *El contrato de representación teatral*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2003, pags.11 y 12.

²³² STEINHAUS, Thorsten, “El contrato de representación teatral y ejecución musical”, *Propiedad intelectual*, (dir. M^a Asunción Esteve), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009, pag. 397.

²³³ RANGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *El contrato de representación teatral...* op.cit., pag. 105.

La cesión del derecho de representar una obra teatral habrá de referirse a tres aspectos diferentes: a) modalidades y formas de explotación cedidas, b) duración del contrato o plazo de la cesión, y, c) zona o ámbito geográfico en el que rige.²³⁴

B.3.) Causa o finalidad del contrato

Si entendemos por causa aquello en lo que las partes consienten, es fácil inferir que la causa del contrato de representación teatral es precisamente la comunicación pública escénica o, dicho en otras palabras menos técnicas, el “estreno de la obra”²³⁵. El contrato que estudiamos tiene el objetivo común de la realización de un acto de comunicación pública escénica²³⁶: el estreno de la obra teatral, la modalidad de comunicación pública por antonomasia.²³⁷

B.4.) Obligaciones del autor

Según lo establecido en el artículo 77 LPI, son obligaciones del autor:

1º. Entregar al empresario el texto de la obra con la partitura, en su caso, completamente instrumentada, cuando no se hubiese publicado en forma impresa.

En primer lugar, cuando la obra teatral sólo está comenzada al perfeccionarse el contrato, el autor tiene la obligación principal de terminarla, si a eso se comprometió con el cesionario. Se trataría de una obligación de hacer y de resultado, de carácter personalísimo, es decir no realizable por los causahabientes del autor. En segundo lugar, cuando la obra teatral no se hubiere publicado en forma impresa, como relevante obligación de dar, el autor (o sus causahabientes) está obligado a entregar al empresario el texto de la obra con la partitura, en su caso, completamente instrumentada. La entrega

²³⁴ RODRÍGUEZ TAPIA y BONDÍA, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, Madrid, 1997, pag. 291.

²³⁵ Decimos que es un concepto no técnico, puesto que el concepto técnico de estreno es: la primera comunicación pública de una obra de *una manera diferente*.

²³⁶ En el mismo sentido PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, (dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), tomo V, vol. 4º B, Madrid, 1995, pag. 54.

²³⁷ MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Madrid, 1995, pags. 274 y 276; ALONSO MILLÁN, Juan José, “La Lectura”, *La razón*, 30 de diciembre 2001, pag. 68.

del texto y de la partitura es el hecho que realmente pone en marcha el largo procedimiento que culmina con la representación de la obra.²³⁸

2º. Responder ante el cesionario de la autoría y originalidad de la obra y del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiese cedido.

En principio, todo autor tiene la obligación de no crear problemas al cesionario con la autoría y la originalidad de la obra, es decir, con el plagio de la obra de otro autor. Por otra parte, también está obligado a responder por el ejercicio pacífico de los derechos de representación cedidos. El autor contratante está obligado a garantizar al empresario que no va a tener problemas con la autoría y originalidad de la obra, en caso de que se presenten problemas, deberá responder patrimonialmente.²³⁹

3º El autor también estará obligado a cooperar con el empresario, salvo que las partes hayan convenido otra cosa, realizando las siguientes actividades (art. 80 LPI): a) revisar y dar el visto bueno a las copias necesarias realizadas a partir del original por el empresario; b) elegir de mutuo acuerdo con el empresario los intérpretes principales y, tratándose de orquestas, coros, grupos de bailes y conjuntos artísticos análogos, el director; c) convenir la redacción de la publicidad de los actos de comunicación.

B.5.) Obligaciones del cesionario.

El artículo 74 LPI señala que el cesionario se obliga a llevar a cabo la comunicación pública de la obra en las condiciones convenidas y con sujeción a lo dispuesto en la ley.

Para conseguir este resultado el cesionario se responsabiliza desde todos los puntos de vista (jurídico, financiero y comercial) de la representación teatral y organiza materialmente el montaje y la realización de la obra.²⁴⁰ Para ello el cesionario celebrará

²³⁸ RANGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *El contrato de representación teatral...* op.cit., pags. 160 y 161.

²³⁹ RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual...* op.cit., pag. 295, señala: “el ejercicio de acciones o petición de medidas cautelares contra el plagio es muy probable que perturben al cesionario-cedente, entro otras vías, por la suspensión cautelar de la comunicación pública de la obra.

²⁴⁰ RANGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *El contrato de representación teatral...* op.cit., pags. 128 y 129.

el denominado contrato de producción teatral²⁴¹; no estudiaremos este contrato específico puesto que no interviene el autor de la obra, quien es precisamente quien nos preocupa en la presente investigación.

Ahora bien, las obligaciones que nos interesan en el presente estudio, se encuentran establecidas en el artículo 78 LPI, específicamente son las siguientes:

1º. A llevar a cabo la comunicación pública de la obra en el plazo convenido o determinado conforme al apartado 2 del artículo 75 LPI, referido al plazo dentro del cual debe llevarse a efecto la comunicación única o primera de la obra. Dicho plazo no podrá ser superior a dos años desde la fecha del contrato o, en su caso, desde que el autor puso al empresario en condiciones de realizar la comunicación. Si el plazo no fuese fijado, se entenderá otorgado por un año. En el caso de que tuviera por objeto la representación escénica de la obra, el referido plazo será el de duración de la temporada correspondiente al momento de la conclusión del contrato.

2º. A efectuar esa comunicación sin hacer en la obra variaciones, adiciones, cortes o supresiones no consentidas por el autor²⁴² y en condiciones técnicas²⁴³ que no perjudiquen el derecho moral de éste, art. 78.2 LPI.

El autor de la obra teatral ostenta el mismo derecho de integridad que le concede el art. 14.4 LPI. Podría pensarse que en caso que la modificación efectuada por el cesionario sin su consentimiento, no perjudique sus legítimos intereses o menoscabe su reputación, sólo supondría un incumplimiento contractual, no una vulneración del derecho moral del autor. Pero esto no es del todo cierto, puesto que al tratarse de un incumplimiento contractual, la protección al autor dramaturgo consiste en activar los mecanismos de la responsabilidad patrimonial del deudor en caso de incumplimiento de

²⁴¹ Mediante el contrato complejo de producción teatral, el empresario contrata con los directores de escena, artistas e intérpretes o ejecutantes, con la finalidad de representar públicamente una obra teatral o un conjunto de obras teatrales. El productor teatral responderá patrimonialmente frente al autor o dramaturgo por los actos que lleven a cabo estos auxiliares, sean o no dependientes, que han sido contratados precisamente para el cumplimiento de la obligación que tiene el primero frente al segundo.

²⁴² Las empresas teatrales no podrán hacer variaciones, adiciones ni atajos en el texto de las obras sin permiso expreso de los autores.

²⁴³ RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual...op.cit.*, pag. 297, se entiende por condiciones técnicas: a) visibilidad, b) audición, y, c) espacio.

una obligación de no hacer (arts. 1099, 1101 y 1124 CC), entre los que se incluye la facultad resolutoria concedida en el art. 81.3 LPI, pero además cuenta con la protección adicional de los artículos 15 y 16 LPI, que establecen el derecho moral a la integridad de la obra.

La obligación de no realizar variaciones no consentidas por el autor, no configura una obligación contractual sino una obligación legal, porque entre otras cosas, es posible que no se haya incorporado como cláusula contractual. El precepto establece una norma especial de respeto al derecho moral a la integridad de la obra, que vincula al cesionario o productor, aunque el contrato no lo establezca.²⁴⁴

Con la introducción del art. 78.2 LPI, se pretende que el derecho moral a la integridad de la obra teatral sea más poderoso que en los supuestos generales, extendiendo ese deber de respeto cualificado al empresario y sus auxiliares, fundamentalmente el director de escena y los intérpretes.²⁴⁵

Este derecho moral a la integridad de la obra puede quedar sin efecto para casos concretos, por voluntad expresa del propio dramaturgo. El propio autor puede prestar su consentimiento a la alteración de su obra²⁴⁶, pero para que la renuncia de derechos sea eficaz deberán reunirse los requisitos que exige la jurisprudencia: a) ser expresa, b) para un caso concreto, y, c) formularse una vez que el derecho ha entrado a formar parte del patrimonio del renunciante.²⁴⁷

3º. A garantizar al autor o a sus representantes la inspección de la representación pública de la obra y la asistencia a la misma gratuitamente.

²⁴⁴ ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria...* op.cit., pag. 307; RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDÍA ROMÁN, Fernando, *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual...* op.cit., pag. 77.

²⁴⁵ RANGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *El contrato de representación teatral...* op.cit., pag. 131.

²⁴⁶ HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso y MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, (coordinador Bercovitz, R.), Madrid, 1997, pag. 1182, señalan lo siguiente: “no cabe una renuncia *in abstracto*, total, absoluta, por parte del autor a “exigir que se respete la integridad de la obra”, pero sí cabe que llegue a un acuerdo con el cesionario-empresario sobre la introducción de determinadas modificaciones que pueden ser convenientes para el montaje de la misma”.

²⁴⁷ STS de 11 de octubre de 2001: “estas circunstancias no se dan en el caso de autos, ya que aquí se trata de renuncia genérica y amplia, que no cabe sea admitida, pues su propia naturaleza impone otorgarla sabiendo lo que se renuncia y una vez el derecho haya surgido”. En el mismo sentido las SSTS de 5 de marzo de 1991, 3 de junio de 1991, 28 de octubre de 1991, 31 de octubre de 1991, 14 de febrero de 1992, 31 de octubre de 1996 y 19 de diciembre de 1997.

El derecho moral a la integridad de la norma tiene un instrumento importante a la hora de ser ejercitada, pues la regla 1 del art. 80 LPI, establece que las copias necesarias para la comunicación pública “deberán ser visadas por el autor”, lo que le permitirá cotejar el texto original con la copia a detectar las modificaciones que se hayan introducido sin su licencia. Pero se trata de un derecho renunciable, dado que el art. 80 comienza expresando: “Salvo que las partes hubieran convenido otra cosa...”.²⁴⁸

Este derecho de inspección de la obra, tiene por finalidad facilitar la comprobación por parte del autor del cumplimiento de las dos primeras obligaciones del cesionario, es decir la comunicación pública de la obra en la manera convenida y sin hacer en ella variaciones, tal como lo señalamos anteriormente.

4°. A satisfacer puntualmente al autor la remuneración convenida, que se determinará conforme a lo dispuesto en el artículo 46 de la LPI

Como garantía del cobro de la remuneración, establece el art. 79 LPI que: “Los empresarios de espectáculos públicos se considerarán depositarios de la remuneración correspondiente a los autores por la comunicación de sus obras cuando aquella consista en una participación proporcional de los ingresos. Dicha remuneración deberá tenerla semanalmente a disposición de los autores o de su representantes”. El precepto se aplica únicamente al supuesto más frecuente, en que se ha pactado una remuneración proporcional a los ingresos, ya sea la única fórmula prevista, ya sea combinándola con una percepción a tanto alzado.²⁴⁹

5°. A presentar al autor o a sus representantes el programa exacto de los actos de comunicación, y cuando la remuneración fuese proporcional, una declaración de los ingresos. Asimismo, el cesionario deberá facilitarles la comprobación de dichos programas y declaraciones.

²⁴⁸ RANGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *El contrato de representación teatral...* op.cit., pags. 132 y 133.

²⁴⁹ RANGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *El contrato de representación teatral...* op.cit., pags. 140 y 141.

B.6.) Pretensión de resolución de contrato

El artículo 81 LPI, establece cuales son las causas de resolución, que podrá ser ejercitada por voluntad del autor en los siguientes casos:

1°. Si el empresario que hubiese adquirido derechos exclusivos, una vez iniciadas las representaciones públicas de la obra, las interrumpiere durante un año.

Este supuesto se materializa cuando el autor cedió a una sola persona los derechos de representación de la obra, dado que resulta claramente perjudicado si el cesionario, después de estrenada, de darla a conocer y desvelar su trama y desenlace, dejase de explotarla durante un largo lapso de tiempo, un año como mínimo. Supone un incumplimiento por parte del contratante de la obligación de difundir la creación intelectual, semejante al que existe en el contrato de edición.²⁵⁰

2°. Si el empresario incumpliere la obligación con llevar a cabo la comunicación pública de la obra en el plazo convenido o determinado conforme al apartado 2 del artículo 75 LPI.

3°. Si el empresario incumpliere cualquiera de las obligaciones citadas en los apartados 2, 3, 4 y 5 del mismo artículo 78, después de haber sido requerido por el autor para su cumplimiento.

Es necesario indicar nuevamente, que además de la pretensión por incumplimiento del contrato, el demandante podrá acumular la de indemnización de daños y perjuicios que le haya ocasionado dicha inexecución, los cuales deberá probar durante el proceso y el tribunal determinará en la sentencia.

6.4.- Los interdictos de retener o recobrar

Es necesario indicar nuevamente, que para esta etapa de la investigación estamos tomando a los derecho de autor (propiedad intelectual) como un derecho de propiedad

²⁵⁰ RANGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *El contrato de representación teatral...* op.cit., pags. 175 y 176.

lato, y por ende comprendería también el derecho de posesión, en este caso la posesión de la obra artística en sí, como una cosa, ya sea un cuadro, una escultura, una grabación original de una canción, etc.

Si bien es cierto existen otros interdictos (de obra nueva, de obra ruinoso, etc.) nosotros nos ocuparemos sólo de los interdictos de retener y recobrar; a continuación procederemos al estudio breve de cada uno de estos interdictos.

A.- Normativa vigente

La LEC al establecer el ámbito de aplicación del juicio verbal, dispone en su artículo 250.1 que se decidirán en juicio verbal, cualquiera que sea su cuantía, las demandas siguientes: “4.º Las que pretendan la tutela sumaria de la tenencia o de la posesión de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute”. Asimismo debemos añadir el fundamento establecido en el art. 446 CC, que otorga a todo poseedor el derecho a ser respetado en su posesión y a ser amparado o restituido en la misma, si fuese inquietado en ella, por los medios que las leyes de procesales establecen.²⁵¹

B.- Objeto de los interdictos

El objeto y finalidad de estos procesos posesorios es la protección del derecho de posesión. Todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión, y si fuere inquietado o despojado de ella, deberá ser amparado y restituido en dicha posesión (art. 446 CC). Es decir que comprende los supuestos de retener y recobrar la posesión de un bien.²⁵² Estos procesos interdictales son el medio para conseguir la paz jurídica frente a

²⁵¹ GARCÍA DE MARINA, Manuel, *Interdictos*, Serlipost, Barcelona, 1992, pag. 12.; MALDONADO RAMOS, Jaime, *Los interdictos de retener y de recobrar y de obra nueva en la doctrina de las Audiencias provinciales*, La Ley, Madrid, 1997, pag. 38. Respecto de las denominadas “acciones interdictales”: IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, Barcelona, 1979, pags. 323 y sgtes.; PRIETO CASTRO FERRANDIZ, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal*, pag. 354.

²⁵² SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, tomo III, Madrid, 1900, pag. 438; en el mismo sentido: ARANA DE LA FUENTE, Isabel, *Interdictos entre coposeedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, pag. 117; DE CASTRO FERNÁNDEZ, Jaime Manuel, *La protección interdictal amplitud*, Colex, Madrid, 1986, pags. 17 y sgtes.

las perturbaciones de que es objeto el poseedor, con independencia de cuál sea el título en virtud del cual esté en contacto con la cosa.²⁵³

En este sentido la jurisprudencia señala cual el objeto de los interdictos, la SAP Zamora de 13 febrero de 1997 dice que: “el juicio de interdicto de recobrar la posesión es un procedimiento sumario, destinado a proteger la posesión como hecho o el hecho mismo de la posesión, contra la perturbación que la daña, abarcando no sólo la posesión sino la mera tenencia; su finalidad no es otra que impedir que se altere una situación de hecho sin el concurso necesario de un pronunciamiento judicial. Los interdictos posesorios persiguen la protección, conservativa y reintegrativa del *statu quo* preexistente, de la relación de hecho ostensible, aparente y actual entre una persona y un bien, al margen de toda consideración sobre el título jurídico que pudiera ampararla”.

La SAP Orense de 11 de diciembre de 1996 dice que: “frente a la utilización de vías de hecho concretada en una acción directa de despojo surge la pretensión interdictal de recobrar que regula el artículo 1 651 CC, con el fin de amparar al poseedor de hecho de quien, aún siendo titular de un derecho, pretende hacerlo efecto en contra de la voluntad de su poseedor, en lugar de ejercitar las acciones que legalmente le asisten”.²⁵⁴

Aunque la LEC no contiene una remisión expresa al “juicio declarativo correspondiente” para dilucidar las cuestiones relativas al derecho de propiedad o al derecho de posesión, la misma se desprende del artículo 447.2 al decir que “no producirán efectos de cosa juzgada las sentencias que pongan fin a los juicios verbales sobre tutela sumaria de la posesión...”²⁵⁵

²⁵³ MALDONADO RAMOS, Jaime, *Los interdictos de retener y de recobrar...* op.cit., pag. 36; GARCÍA DE MARINA, Manuel, *Interdictos...* op.cit., pag. 91; GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1855*, pag. 411; CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho Civil Español*, pag. 256.

²⁵⁴ En idéntico sentido se manifiesta la SAP Málaga Sec. 6ª. de 26 de noviembre de 1996 según la cual: “el interdicto de retener o recobrar es un juicio sumario destinado a proteger la posesión actual como hecho, contra las perturbaciones que la dañen o contra el despojo ya consumado, por lo que su auténtico objeto es una pretensión dirigida a recuperar la posesión, que arrastra, por definición, la ausencia de título jurídico en que se plasme su derecho subjetivo, o, por lo menos no necesita llevarlo consigo; en esta clase de juicios sólo se ventilan problemas de hecho, de la posesión como una realidad activa, que opera por su misma actuación y efectividad, con abstracción del derecho que pueda amparar ese estado, ya que en algunos casos puede ser incluso antijurídico, por lo que no es dable discutir en este procedimiento a quien corresponde el derecho a la propiedad o posesión definitiva”.

²⁵⁵ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit., pags. 212 y 213; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1997, pag. 927.

C.- Diferenciación del Interdicto de Recobrar y de Retener

No obstante la inclusión en el mismo numeral 4.º del artículo 250.1 LEC de los procesos posesorios de retener y recobrar, los mismos son totalmente diferentes; el interdicto de retener nace del hecho de haber sido perturbado en la posesión de la cosa, por actos de un tercero que manifiesten la intención de inquietarle y despojarle, pero sin llevar a la práctica el despojo; mientras que el interdicto de recobrar nace del hecho consumado del despojo del bien.²⁵⁶

La SAP Zamora de 18 de abril 1997 dice que: “estos dos interdictos contemplan supuestamente diferenciados y persiguen pronunciamientos evidentemente distintos cuyo contenido describe el artículo 1658; así el interdicto de retener en el fallo habrá de ordenarse mantener en la posesión al interdictante, requiriéndose al perturbador para que en lo sucesivo se abstenga de cometer los actos, ya aludidos, que propician este juicio o cualesquiera otros que manifiesten el mismo propósito perturbador; respecto a la sentencia que recaiga en el interdicto de recobrar dando lugar al mismo, se acordará que reponga inmediatamente en la posesión perdida al demandante; es decir, en el primer caso puede hablarse de un proceso declarativo tendente al mantenimiento posesorio; por el contrario el segundo caso nos encontramos ante un proceso constitutivo encaminado al recobro de la posesión despojada; es decir, que entre uno y otro litigio se advierten sensibles diferencias; estas consideraciones han llevado a que se estime que cuando se produce un hecho que se conceptúa contra la posesión de una persona, ésta no puede reaccionar formulando conjuntamente ambos interdictos pues ello conduce necesariamente, en el suplico de la demanda, se contengan peticiones discrepantes que atentan contra el principio de congruencia que debe informar toda sentencia, de acuerdo con lo previsto en el artículo 359 LEC”.

A la distinción fundamental entre uno y otro interdicto se refiere la SAP Málaga Secc. 6º. De 4 de abril de 1997, añadiendo que “ofrecidos al Juzgador determinados hechos que en definitiva quedarían fijados con la prueba del procedimiento, no existe

²⁵⁶ CABALLERO GEA, José Alfredo, *Los interdictos de retener o de recobrar...* op.cit., pag. 74. GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, 4ª ed., tomo II, Civitas, Madrid, 1998, pags. 95, 97 y 98. Para establecer esta distinción es necesario tener claro la diferencia entre perturbación y despojo, para ello leer a: DE CASTRO FERNÁNDEZ, Jaime Manuel, *La protección interdictal...* op.cit., pag. 143 y sgtes; ARANA DE LA FUENTE, Isabel, *Interdictos...* op.cit., pag. 136.

dificultad procesal alguna para que en base a ello se aplique la consecuencia jurídica de uno u otro, máximo cuando la distinción entre actos perturbadores o despojantes de una posesión no siempre aparece claramente definida, y aunque la pretensión verdaderamente ejercitada por los demandantes corresponde a un verdadero interdicto de recobrar la posesión y no a un interdicto de retener, toda vez que los actos que denuncia corresponden al primero de los indicados, no es menos cierto que la actora al encabezar su demanda lo denuncia de recobrar y en el suplico de la demanda solicita se ordene mantener a los demandantes en la posesión del camino, o a quienes ostenten en su nombre la posesión de las parcelas, siendo la incongruencia de la sentencia más la relación entre lo pedido en la demanda y lo otorgado en la sentencia, en relación con los hechos que quedan acreditados en el transcurso de las actuaciones, que una mera adecuación formal ajena acaso al verdadero contenido de la pretensión”.

D.- Interdicto de recobrar en los derechos de autor

Para el caso de los derechos de autor podría interponerse un interdicto de recobrar cuando se quiera recuperar la posesión de una obra cedida para uso temporal, es decir recuperar la obra en sí, como un cuadro, una escultura, un manuscrito, etc. Pero consideramos que este supuesto sería poco probable puesto que si la cesión de la obra se realizó a través de un contrato (p.e. para la exhibición en un museo), procedería más bien una pretensión respecto al cumplimiento de las obligaciones establecidas en dicho contrato de cesión. Sin embargo, de no existir un contrato sí se podría interponer un interdicto de recobrar, pero en la práctica lo consideramos poco probable, pero posible y al existir la posibilidad, lo incluiremos en el presente estudio.

Como lo señalamos anteriormente, en esta etapa de la investigación, estamos tomando los derechos de autor como un derecho de propiedad lato, por lo que en caso de despojo de la obra artística más bien procedería una pretensión reivindicatoria y no un interdicto de recobrar. Pero supongamos que quien ha sufrido el despojo es un cesionario de la obra (poseedor), éste podría utilizar el interdicto para recuperar la posesión del bien, puesto que interpondría la demanda en condición de poseedor (cesionario), mientras que el derecho de propiedad de la obra se mantiene en favor del autor (cedente). Sin perjuicio de lo antes dicho, el propietario de la obra (autor) también puede incoar una demanda de interdicto de recobrar si fue desposeído de su obra,

siempre y cuando se encuentre dentro del plazo de prescripción de un año, en caso que haya transcurrido dicho plazo, el autor tendrá que interponer una demanda reivindicatoria.

Asimismo dado que el interdicto procede sólo respecto a cosas, sólo procedería el interdicto si se pretende recuperar la obra artística en sí (la cosa), que fue entregada para su exhibición (por ejemplo la exposición de un cuadro, una escultura, una maqueta, el manuscrito de una novela, etc.), puesto que se pretende recuperar la posesión del bien. En caso que no se haya entregado la obra en sí (la cosa), sino sólo los derechos de explotación, no tendría sentido utilizar el interdicto dado que no se ha perdido la posesión del bien.

E.- Interdicto de retener en los derechos de autor

El interdicto de retener, en los derechos de autor, podría proceder en caso que los actos perturbatorios pretendan el despojo de la obra en sí, es decir los actos perturbatorios recaerían sobre la posesión de la obra artística, sin llegar a despojar al poseedor de la obra. Por lo tanto la pretensión sería el cese de los actos perturbatorios en la posesión de una obra, siempre y cuando dicho actos perturbatorios tuvieran como finalidad conseguir el despojo del bien, es decir la obra artística. Es decir que sería otro tipo distinto de interdicto de retener, puesto que los actos de perturbación deberán tener como finalidad el despojo de la posesión y no la perturbación en la distribución, reproducción o publicación de la obra.

GARBERÍ LLOBREGAT²⁵⁷ considera erróneamente que procedería un interdicto de retener en caso de una perturbación en el derecho de distribución, reproducción o publicación del derecho de autor; y decimos que es un error porque el interdicto pretende proteger el derecho de posesión de la obra y no los derechos de explotación, como lo señalamos antes los actos perturbatorios deben recaer sobre el derecho de posesión, con el objeto de despojarlo del mismo. Además al tratarse de derechos de explotación (distribución, reproducción o publicación) la LPI contempla expresamente el cese de las actividades infractoras como una pretensión expresa para

²⁵⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José *Las Medidas Cautelares...* op.cit. pags. 677 a 679.

protección de los derechos de autor; por lo que habrá de preferirse la norma especial para la tutela de estos derechos.

F.- Diferencia entre los interdictos de retener y recobrar con la pretensión reivindicatoria, en los derechos de autor

Los interdictos pretenden proteger el derecho de posesión que ostenta el poseedor del bien, por lo que podrá solicitarlos el cesionario de los derechos de autor en su calidad de poseedor; en cambio con la pretensión reivindicatoria se pretende proteger el derecho de posesión del propietario de la obra, es decir el autor, por lo que el único que tiene legitimidad para una pretensión reivindicatoria es el titular del derecho de autor (en su condición de propietario), creador de la obra. Esto sin perjuicio que el mismo propietario, pueda interponer un interdicto de retener o recobrar, con el objeto de proteger su derecho de posesión, del cual también es titular (si es que no lo ha cedido contractualmente para su explotación).

Esto sin perjuicio de la diferencia clara que existe entre el interdicto de recobrar que pretende recuperar la posesión de la obra, y el interdicto de retener que pretende el cese de los actos perturbatorios.

G.- Requisitos para el interdicto de retener o recobrar la posesión

Los requisitos necesarios para que pueda otorgarse la protección interdictal son:

A) La posesión, configurada en nuestro derecho en términos muy amplios. Así el artículo 446 CC establece que todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión, y si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establecen. B) Acto perturbación o despojo realizado por el demandado. La lesión de la posesión que sirve de base al ejercicio del interdicto consiste en una alteración del estado de hecho posesorio realizada por alguien sin o contra la voluntad del poseedor, y sin estar autorizado por el ordenamiento jurídico para realizarla. La lesión puede implicar o no la privación de la posesión. En el primer caso existe despojo que puede dar lugar al interdicto de recobrar, en el segundo perturbación, base fáctica del interdicto de retener la posesión. C) *Animus spoliandi*. No existe unanimidad doctrinal sobre la necesidad de

que concurra este requisito para que el despojo o perturbación en la posesión dé lugar a la protección posesoria. D) Ejercicio de la pretensión interdictal dentro del plazo de un año.²⁵⁸

La SAP Barcelona Secc. 13.ª de 30 de abril de 1997, señala como requisitos: 1) Legitimación activa, aquél que se hallase en la posesión o tenencia de la cosa. Y en cuanto a la legitimación pasiva, la ostenta quien hay ejecutado por propia decisión el acto lesivo para la posesión del actor o lo haya mandado ejecutar. 2) Realidad y certeza de los actos de perturbación y despojo realizados por los demandados, lo que a su vez requiere: a) Despojo, como privación consumada de la posesión, a través de actos con eficacia bastante para lograr la cesación total o parcial en el agraviado del estado de hecho en que la posesión consiste, de forma que el autor del ataque consigue un poder autónomo y estable sobre la cosa; o perturbación, concepto residual y negativo, en el sentido de agravio posesorio no constitutivo de despojo. b) Elemento intencional (*animus spoliandi*) entendido como conciencia y voluntad del demandado de obrar contra la voluntad, expresa o presumible, del actor. 3) Elemento temporal: la demanda ha de presentarse dentro de un año del acto de perturbación o despojo, requisito de procedibilidad, que opera como un plazo de caducidad.²⁵⁹

Tales requisitos están comprendidos en el texto del artículo 250.1.4º LEC al referirse a las demandas que “pretendan la tutela sumaria de la tenencia de la posesión

²⁵⁸ CABALLERO GEA, José Alfredo, *Los interdictos de retener o de recobrar y de obra nueva*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 1996, pags. 101 y sgtes. RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, op.cit. pag. 918. Al respecto la SAP Palma de Mallorca Secc. 3.ª de 7 de octubre de 1996; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal civil*, op.cit., pag. 35.

²⁵⁹ En el mismo sentido la SAP Badajoz, Sección 1.ª de 22 de enero de 1999 “...se vienen acogiendo como elementos o requisitos indispensables para el éxito de esta modalidad de acción (véase SAP Toledo de 3 de noviembre de 1993) los siguientes: a) el acreditamiento por el actor de la posesión jurídica o mera tenencia de la cosa de la que afirma haber sido despojado; b) la realidad de tal despojo, que ha de ser verificado a través de actividad presidida por un *animus spoliandi* y concretar en hechos materiales conducentes a la privación, total o parcial, del goce de la cosa poseída, o la alteración del status anterior que se pretende restaurar a través de la acción interdictal; c) la correcta, plena y exacta identificación y delimitación del ámbito material de lo poseído, y la real exclusión cuantitativa de lo sustraído, no bastando conjeturas, indeterminaciones o apreciaciones meramente subjetivas; d) prueba del despojo por la parte promotora del interdicto, a tenor de lo previsto con carácter general en el artículo 1 214 CC; y e) la interposición de la demanda interdictal antes del transcurso de un año desde que se cometió el presunto despojo, pues tras ese plazo el que se dice despojado ha perdido conforme a Derecho su posesión (artículo 460. 4.º CC)”. En parecidos términos: SAP Madrid Secc. 12.ª de 13 de mayo de 1996; SAP Cuenca de 30 de septiembre de 1996; SAP Málaga Secc. 6.ª de 20 de noviembre de 1996; SAP Jaén Sec. 1.ª de 2 de abril de 1997; SAP Santa Cruz de Tenerife Sec. 1.ª de 24 julio de 1998; SAP Soria de 28 de septiembre de 1998; SAP Málaga Sec. 6.ª de 2 de octubre de 1998 y SAP Santander Sec. 3.ª de 4 de abril de 1999.

de una cosa o derecho por quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute”.

H.- Legitimación activa

El artículo 250.1.4º LEC viene a reconocer la legitimación para demandar la tutela sumaria de la tenencia o posesión a “quien haya sido despojado de ellas o perturbado en su disfrute”, lo que coincide con el amplio criterio del artículo 446 CC al decir que “todo poseedor tiene derecho a ser respetado en su posesión; y, si fuere inquietado en ella, deberá ser amparado o restituido en dicha posesión por los medios que las leyes de procedimiento establece”.

Puede plantear el interdicto de retener o de recobrar cualquier persona que esté en contacto con la cosa, sin importar el título o el concepto en cuya virtud se posea la misma.²⁶⁰ En ese sentido, está legitimado activamente para el ejercicio de interdictos tanto el poseedor que sea efectivamente propietario, como el poseedor a título de dueño que no sea propietario. Lo están igualmente el usufructuario, el titular de un derecho de servidumbre, el enfiteuta, el superficiario, el acreedor pignoraticio, el arrendatario, el depositario y el comodatario. Están legitimados para ejercitar los interdictos tanto los poseedores inmediatos y directos como los poseedores mediatos. En las relaciones recíprocas entre ellos, el poseedor inmediato por vía interdictal contra el poseedor mediano, si éste fuera el causante del despojo o de la perturbación.²⁶¹

I.- Legitimación pasiva

Está legitimado pasivamente quien materialmente perturba (interdicto de retener) o despoja (interdicto de recobrar) o quien ordena los actos de perturbación o despojo, pero no el mero causante material del despojo cuando éste se produjo por

²⁶⁰ MALDONADO RAMOS, Jaime, *Los interdictos de retener y de recobrar...* op.cit., pag. 41; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, op.cit., pag. 919.

²⁶¹ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit., pags. 227 y 228; DE CASTRO FERNÁNDEZ, Jaime Manuel, *La protección interdictal...* op.cit., pag. 71 y sgtes; ARANA DE LA FUENTE, Isabel, *Interdictos...* op.cit., pag. 129; GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal civil*, op.cit., pag. 35.

orden de otra persona, pues, como dice GUASP²⁶², tiene que tratarse de un causante jurídico y objetivamente determinado, quien perturba o despoja por orden de otro ese otro debe soportar la pretensión interdictal, aunque en la demanda haya de manifestarse que la perturbación o el despojo proceden materialmente de sujeto distinto.²⁶³

Esta legitimación se basa más que en una titularidad real o posible del objeto litigioso, en una relación de causalidad con los hechos imputados, premisa menor del silogismo interdictal. La atención legal y procesal se proyecta sobre hechos y autores, entendidos éstos no en la simple aceptación material de ejecutores, sino determinantes de los actos denunciados.

De la regulación del juicio verbal en la LEC no contiene el criterio para llegar a determinar quien se encuentra pasivamente legitimado en esta clase de procesos. Pero corresponde tal legitimación a quien realiza la perturbación, es decir que al producirse los actos de perturbación o despojo, lógicamente presuponen la existencia de una persona que cometa tales actos a quien han de referirse las medidas que judicialmente se adopten para hacer cesar la perturbación o reintegrar en su tenencia o posesión al despojado.²⁶⁴

Así la SAP Toledo Secc. 2ª. de 29 de enero de 1997 señala: "...la legitimación pasiva en las acciones interdictales (SSTS 27.9.55; 11.10.98; 16.2.41; 15.12.45), está basada, más que en una titularidad real o posible del objeto litigioso, en una relación de causalidad con los hechos y sus autores, entendidos estos últimos no en la acepción material de ejecutores, sino de determinantes de los actos denunciados, cabe al demandante, en estricta aplicación de la distribución de la carga de la prueba que impone el artículo 1214 CC, el acreditar con rotundidad que el caso requiere que el despojo o la perturbación fueron ordenados por esa demandada cuya legitimación se pone en entredicho..."

²⁶² GUASP, Jaime, *Derecho procesal civil*, tomo II, op.cit. pag. 97. En el mismo sentido GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal civil*, op.cit., pag. 36.

²⁶³ MALDONADO RAMOS, Jaime, *Los interdictos de retener y de recobrar...* op.cit., pag. 53.

²⁶⁴ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit., pags. 239 y 240; DE CASTRO FERNÁNDEZ, Jaime Manuel, *La protección interdictal...* op.cit., pag. 107 y sgtes; ARANA DE LA FUENTE, Isabel, *Interdictos...* op.cit., pag. 1340.

J.- Efectos de la sentencia

En el artículo 1658 LEC 1881 precisa el contenido en las sentencias estimatorias de la pretensión interdictal, distinguiendo según se tratase del interdicto de retener o recobrar la posesión. La LEC de 2000 no contiene un precepto similar, si bien, en aras del principio de congruencia de las sentencias sancionado en el artículo 218.1 habrán de acordarse las medidas conducentes a restaurar la situación posesoria anterior a los actos de perturbación o despojo que constituyen la causa de pedir de la pretensión posesoria ejercitada.²⁶⁵

La sentencia estimatoria del interdicto de retener, mandará mantener en la posesión al actor y requerir al demandado para que en lo sucesivo se abstenga de cometer los actos de perturbación y otros que manifiesten el mismo propósito, bajo el apercibimiento que corresponda con arreglo a derecho (sobre todo de índole penal). Mientras que la sentencia estimatoria del interdicto de recobrar, mandará inmediatamente se reponga al demandante en la posesión del bien en litigio.²⁶⁶

En el párrafo 2.^a del artículo 1658 LEC 1881 se establecía que “se condenará al despojante al pago de las costas, daños y perjuicios, y devolución de los frutos que hubiere percibido”; se permitía así una acumulación a la pretensión recuperatoria de la posesión la de una pretensión indemnizatoria, cualquiera que fuera la cuantía de esta. Sin embargo la LEC 2000 esta acumulación de pretensión indemnizatoria de daños y perjuicios causados por el despojo y la reclamación de frutos percibidos por el despojante a la pretensión principal presenta dificultades de técnica procesal. Determinada la clase de juicio a seguir, en este caso el verbal, para la tramitación de las demandas en que se pretenda la tutela sumaria de la posesión por razón de su perturbación o despojo, en razón a la materia, no parece caber duda para que se pueda acumular ella la pretensión indemnizatoria cuando la cuantía reclamada sea inferior a 3 000 euros (art. 250.2). No será acumulable la pretensión indemnizatoria cuando su cuantía exceda de este monto.²⁶⁷

²⁶⁵ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Enjuiciamiento civil*, op.cit., pag. 921; GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit., pag. 254.

²⁶⁶ GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal civil*, op.cit., pag. 40.

²⁶⁷ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras...* op.cit., pags. 254 y 255.

Es necesario señalar que la sentencia que resuelva los juicios verbales sobre el interdicto de retener y recobrar, no produce efectos de cosa juzgada, y en otros supuestos de que se discutan determinados efectos en los juicios ordinarios que corresponda.²⁶⁸

6.5.- La pretensión de enriquecimiento injusto.

Existe una estrecha relación entre la pretensión de enriquecimiento indebido y la pretensión de indemnización de daños y perjuicios, más aún para los casos especiales de infracción de los derechos de autor, pero para evitar confusiones o dudas analizaremos ambos a continuación.

Esta relación, se basa en que existe la necesidad de un reconocimiento explícito de la compatibilidad de las acciones de indemnización de daños y perjuicios y de las correspondientes al enriquecimiento injustificado que haya experimentado el infractor de los derechos de propiedad intelectual. Y conviene que el reconocimiento legal sea explícito. La civilista argentina KEMELKAJER, en su trabajo *¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el Derecho argentino?* plantea la introducción del beneficio del infractor como criterio que debería estar presente en el terreno de la responsabilidad civil en sectores como la propiedad intelectual, y aunque lo sugiera como alternativa a los daños punitivos, todo su discurso está planteado en clave de acciones resarcitorias, y no niega que “estas indemnizaciones están teñidas de carácter punitivo o de sanción civil”. No obstante, ella misma admite previamente que “para la procedencia de los reclamos restitutorios no es necesario la prueba de haber sufrido un daño, sino que es suficiente que el enriquecimiento se haya producido a expensas de otra persona, invadiendo sus derechos sin su consentimiento”²⁶⁹

Creemos que lo que existe en materia de patentes marcas y diseño industrial, son auténticas pretensiones de enriquecimiento, aunque algo singulares. Según GUILARTE GUTIÉRREZ: “se hace partícipe al dañado de los beneficios obtenidos por el dañador al margen de que realmente exista, desde la perspectiva de aquél, un daño indemnizable”.

²⁶⁸ VÁZQUEZ BARROS, Sergio, *Los Interdictos*, 2ª. ed., Bosch, Barcelona, 2005, pag. 490.

²⁶⁹ KEMELKAJER DE CARLUCCI, Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el Derecho argentino?” *Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Anticipo de Anales – Año XXXVIII Segunda época, N° 31,1993, pag. 59.

Otra cosa es que no sería descabellado que también en esta materia se previera la restitución del beneficio que haya obtenido el autor de la intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen. Menos claro está en las intromisiones en el derecho a la intimidad, y mucho menos en los atentados contra el honor de las personas.²⁷⁰

En el Derecho alemán existe la *dreifache Schadensberechnung*, que vino a ser la huida al Derecho de daños ante los planteamientos clásicos de una institución como la del enriquecimiento sin causa, que exigían para que la pretensión prosperara la concurrencia del elemento de la culpa o del dolo del enriquecido, y la necesidad de que ese enriquecimiento fuera correlativo con el empobrecimiento de alguien. Eso llevó a limitar de tal manera el instituto, que fue necesario buscar un lugar próximo en el que las exigencias de culpa o dolo se movieran a sus anchas, y en donde hubiera también exigencia de daño o empobrecimiento, pero sin correlativo beneficio de nadie. Pero como la estricta responsabilidad extracontractual no arreglaba todas las situaciones, hubo que crear esta fórmula²⁷¹ que tenía un poco de cada una: “*la dreifache Schadensberechnung*, al permitir la elección entre una medida indemnizatoria (tradicional lucro cesante) y dos restitutorias (licencia no satisfecha y ganancia obtenida por el intromisor), mezcla dos planos jurídicos distintos. Uno, el indemnizatorio, destinado al resarcimiento del daño causado en el patrimonio del demandante y para el que es necesaria, tanto la prueba de la relación causal intromisión/daño, como la del criterio de imputación; y otro, el restitutorio, cuya función es reequilibrar las atribuciones patrimoniales injustificadas, las cuales se retiran del patrimonio en el que se producen para ser desplazadas a aquel en el que debieron haberse producido”²⁷²

Una visión del enriquecimiento sin causa desprovisto de ciertas notas que distan mucho de tener fundamento permite pensar en la compatibilidad de acciones. Pensemos en el curioso caso resuelto en 1971 por el Tribunal de Casación alemán, y narrado de la siguiente forma por KEMELMAJER²⁷³ “un menor se embarcó en un avión y voló de

²⁷⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, “La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidad extracontractual” *Revista de Derecho Privado*, 1991, pag. 1030.

²⁷¹ Otra “criatura” como le llama BASOZÁBAL ARRUE, Xabier, “Método triple de cómputo del daño. Indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual”, en *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1997, pags. 1263 y sgtes.

²⁷² BASOZÁBAL ARRUE, Xabier, “Método triple de cómputo del daño... op.cit., pag. 1280.

²⁷³ KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, en su trabajo ¿Conviene la introducción de los... op.cit., pag. 41.

Hamburgo a Nueva York sin haber pagado pasaje; a la llegada fue descubierto y la empresa aérea inició una demanda para que pagara el precio. No podían aplicarse las reglas de la responsabilidad contractual, pues no existía contrato, según un autor, tampoco las de la responsabilidad extracontractual, porque no había un verdadero daño; el tribunal hizo lugar a la pretensión de enriquecimiento sin causa, pues el polizón se había enriquecido a costa de la compañía aérea”. Tiene, en fin, poca lógica exigir un empobrecimiento en forma de daño y un correlativo enriquecimiento, y en propiedad intelectual se ve con claridad meridiana que, por ejemplo, si alguien explota la obra ajena sin consentimiento, no solamente habrá de ocuparse de reparar el menoscabo patrimonial, sino también de restituir el beneficio obtenido. Y hasta podrá suceder que el daño sea mínimo y hasta inexistente, como ocurriría en el ejemplo de Cammerer que recuerda DIEZ-PICAZO, el libro de autor semidesconocido que es utilizado sin licencia por una cadena de televisión para realizar una serial, y que termina viendo aumentadas extraordinariamente sus cifras de ventas. “No hay daño, sino beneficio, por lo cual no cabe pretensión de indemnización. Sin embargo, el enriquecimiento obtenido con la utilización indebida de una propiedad intelectual ajena es injustificado, y por ello en virtud de la *condictio* de enriquecimiento se deberá al lucro que el autor de la intromisión obtenga”.²⁷⁴

Si nada dice la LPI, siempre cabrá pensar en que las pretensiones indemnizatorias, por mucho que tengan en cuenta el ilícito enriquecimiento para la determinación del *quatum* pero no ordenen su restitución, serán siempre compatibles, por aplicación de las normas de derecho común, con las pretensiones restitutorias. Pero es preferible que la compatibilidad se encuentre explícitamente reconocida por la ley, para evitar que los juzgadores eviten la tentación de buscar en la doctrina del enriquecimiento sin causa esos viejos y misteriosos halos en forma de requisitos que hoy en día los autores rechazan. Alejemos esa doctrina de las claves de la responsabilidad civil, pues enriquecimiento hay aunque no haya daño ni empobrecimiento, o aunque haya empobrecimiento no conectado causalmente de manera directa con aquél. O aunque no se den en la conducta del enriquecido los factores de atribución subjetivos (dolo o culpa) propios de la responsabilidad civil: la

²⁷⁴ DIEZ-PICAZO, Luis y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, “La Doctrina del enriquecimiento injustificado”, en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988, pags. 117 a 118.

Directiva Antipiratería permite expresamente en el artículo 13.2 que los Estados legislen previendo que en los casos de inexistencia de dolo o culpa – es decir, “Cuando el infractor no hubiere intervenido en la actividad infractora a sabiendas ni con motivos racionales para saberlo”- , al menos se puede exigir la restitución de provechos. Pero el autor del Anteproyecto de Ley de 13 de octubre de 2005 no parece haberlo entendido muy bien, pues el texto guarda un clamoroso silencio sobre el particular. Y si la Directiva plantea diferenciar entre las infracciones deliberadas y las meramente negligentes, y expresamente sugiere para éstas que los Estados legislen estableciendo al menos la obligación de restituir el ilícito provecho, sería una insensatez deducir de ello que, si esta restitución se encuentra ausente en el artículo 13.1, es porque el infractor doloso se va a librar de restituir los provechos obtenidos. Prefiero pensar que para ese tipo de intromisiones deliberadas, si la Directiva calló es porque lo daba por sobreentendido.²⁷⁵

Resulta muy curioso que la fórmula que hoy encontramos en la Ley de Marcas, pero que todavía no ha recibido el Derecho español de la Propiedad Intelectual (derechos de autor), comenzó a debatirse en Alemania desde que el *Reichsgericht* pronunciara la sentencia de 8 de agosto de 1895, para un caso típico de propiedad intelectual. Así tenemos el llamado “caso Ariston”, en el cual una compañía había fabricado unos aparatos de reproducción de música, y en una de las cintas promocionales sonaba, entre otras, la canción de un compositor poco conocido hasta ese momento, que consiguió notable popularidad gracias a ello. Pero la compañía jamás había solicitado el debido permiso. El *Reichsgericht* sentó en su sentencia un precedente importantísimo, por el cual quedaba permitido que el autor, ante la violación de sus derechos, tuviera tres posibilidades de actuación: reclamar una compensación por el daño sufrido, reclamar (en caso de no existir daño) lo que el demandado habría tenido que pagar para adquirir el derecho, o exigir la restitución de los beneficios obtenidos gracias a la infracción. En interés del caso Ariston está no solamente en el hecho de que se trató de la primera decisión conocida que solucionó el problema por medio de la *dreifache Schadensberechnung*, sino sobre todo porque resultaba bastante evidente que el demandante no había sufrido daños. La teoría de la diferencia, según la cual un daño consiste en la diferencia que existe entre la situación real en la que el actor se halla y la

²⁷⁵ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y otro, *Daños y perjuicios en...op.cit.* pags. 239 y 240.

situación en la que se encontraría si el evento dañoso no se hubiera producido, no era una solución que le conviniera en absoluto en aquel caso. Antes bien, los actos de comunicación pública de sus composiciones le habían conseguido una fama que tal vez nunca habría llegado él a tener por sus propios medios. Era él quien podía decidir situarse en el terreno de la responsabilidad civil, o en el del derecho de restitución, bien fuera solicitando lo que el infractor habría tenido que pagar para conseguir un derecho a explotar lícitamente las obras (*Lizenzgebühr*), o bien los beneficios ilícitamente obtenidos (*Verletzervorteil*). Pero insistimos en que lo más llamativo es que el método alemán de la triple opción fuera aplicado en los tribunales de ámbito de los derechos de autor (propiedad intelectual) para después trasladarse al ámbito de las patentes (sentencia del *Reichsgericht* de 31 de diciembre de 1898), y, tras muchas reticencias y dificultades, al de las marcas (sentencias de 24 de febrero de 1961, caso *Vita Sulfat*, y de 12 de enero de 1966, caso *Messner Tee II*). Hoy encontramos en las leyes de patentes, (artículo 139 (2) *Patentgesetz*) y de diseño industrial (artículo 14^a *Geschmacksmustergesetz*). Sin embargo, en España el proceso es el inverso: la *dreifache Schadensberchnung* está presente en el terreno de las patentes, marcas y diseños industriales, pero en el de la propiedad intelectual no hay tres posibilidades, sino solamente dos. Esta peculiar *Zweifache Schadensberechnung* permite al perjudicado exigir la indemnización por el daño sufrido o que el compren la licencia, pero si el beneficio ilícito supera al daño o la coste de la licencia y lo que pretende es que le entreguen eso ilícitos provechos, tendrá que apostar por articular su pretensión por la vía del derecho común y hacerlo muy bien para evitar que le contesten aquello de que no hay posibilidad de enriquecimiento ilícito sin un correspondiente empobrecimiento.²⁷⁶

O para evitar que le digan que no se puede demandar por esa vía si no se prueba la concurrencia de un adecuado criterio de atribución de daños (dolo o culpa); o, peor aún, que le pudieran aducir que, aunque no queda duda de que los productos o beneficios de la propiedad intelectual son verdaderos frutos que produce el derecho de autor conforme a su destino económico y sin alteración de su sustancia, cosa admitida ya en la STS de 4 de abril de 1936, no procede la restitución de frutos sin no ha existido

²⁷⁶ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y otro, *Daños y perjuicios en...op.cit.* pags. 241 y 242.

mala fe, conforme a lo establecido en el artículo 455 CC.²⁷⁷

Habrá quien diga que el beneficio del infractor es criterio que en realidad ya va incluido dentro del lucro dejado de obtener por el titular, pues la ganancia probable que éste hubiera tenido según el curso normal de los acontecimientos coincide con el lucro emergente del infractor. Pero que exista una aproximación cuantitativa como resultado del análisis de las circunstancias del caso no puede convertirse en un apriorismo general completamente desafortunado. Si el beneficio dejado de percibir por el titular del derecho es el que presumiblemente se habría obtenido si no hubiera existido intromisión, y si el mismo, debe medirse teniendo a la vista el sistema de explotación adoptado, DIEZ PICASO²⁷⁸ señala: “es manifiesto que el beneficio dejado de obtener por el titular del derecho no tienen por qué coincidir con el beneficio del usurpador o infractor. Piénsese en el caso extremo en que el titular del derecho no deseaba obtener ningún tipo de beneficios, porque precisamente su decisión era ejercitar el derecho al inédito o en el caso en que el autor llevaba a cabo un explotación de dimensiones reducidas, por ejemplo de ámbito local, y el infractor o usurpador le da una dimensión más amplia”. El lucro emergente debe constituir un elemento conceptualmente distinto, pues distinto es, tanto en el *an* como, muchas veces en el *quantum*. Más que aproximar dos nociones que sin duda se encuentran ya muy próximas, preciso es dar autonomía a cada una de ellas.²⁷⁹

Y es que probar el lucro cesante implicará demostrar la ganancia verosímil según la regularidad estadística, demostrar también la ganancia real que se ha tenido a pesar de la infracción, y demostrar que, si el titular del derecho ha ganado menos, ello se debe a la existencia de la actividad ilícita del infractor.²⁸⁰ Tarea ciertamente complicada para el actor, máxime si encima hay que añadir que, al encontrarnos con esta pretensión de puro carácter indemnizatorio, la necesidad de imputación a título de dolo o culpa dejaría fuera la posibilidad de exigir nada, por ejemplo del inimputable o del que ignora que lo que hace está mal hecho (todo ello, al menos en teoría, y si nos olvidamos por un momento de las tendencias objetivadoras de la jurisprudencia en

²⁷⁷ CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1º. (dir. Albadalejo y Díaz Alabart), Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989, pags. 1797 y 1798.

²⁷⁸ DIEZ PICASO, Luis, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (dir. R. Bercovitz) Tecnos, Madrid, 1989, pag. 1696.

²⁷⁹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y otro, *Daños y perjuicios en...* op.cit. pags. 242 y 243.

²⁸⁰ DIEZ PICASO, Luis, *Comentarios a la Ley de...* op.cit., pag. 1697.

materia de responsabilidad civil extracontractual lo que, ciertamente, sería mucho olvidar. En cambio, probar el beneficio que al infractor le generó la intromisión podrá resultar relativamente más sencillo, y para exigir su entrega al titular de los derechos infringidos no hace falta la prueba del dolo o culpa ni tampoco debería hacer falta tampoco la prueba del perjuicio producido. Como se ha dicho insistentemente en las presentes páginas, la obligación de entregar el monto del enriquecimiento al sujeto pasivo de la intromisión es algo que actualmente se considera como la consecuencia natural de la invasión indebida del derecho ajeno, sea cual sea la cuantía del empobrecimiento padecido, e incluso aunque no se haya padecido ninguno.²⁸¹

Desprovista entonces la *condictio* por intromisión de sus viejos condicionantes (culpa o dolo y relación directa entre enriquecimiento y empobrecimiento), no hace ninguna falta colocarle al instituto la etiqueta de las pretensiones de resarcimiento, si el beneficio neto del infractor ha sido superior al perjuicio del agredido, lo devolverá en su integridad. Si ha sido inferior, la diferencia se podrá obtener también, pero ya habrán de entrar en juego las exigencias probatorias, más rigurosas, de la responsabilidad civil. Compatibilidad, entre la pretensión de enriquecimiento y la de resarcimiento, al estilo de lo que se ve con meridiana claridad en el artículo 18 de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal.²⁸²

En cualquier caso, el demandante será quien tenga que probar el importe de los ingresos brutos generados por la actividad infractora, siendo el infractor demandado quien pruebe los gastos deducibles y hasta las ganancias que pudieran ser imputables a factores distintos, cosa que se decía en el artículo 17.2, párrafo 2º de la Propuesta de Directiva de 30 de enero de 2003, y que se echa en falta en la definitiva Directiva Antipiratería y, naturalmente en el reciente Proyecto de Ley. Naturalmente, si las dificultades probatorias son muchas, siempre tendrá el actor la posibilidad de acogerse al criterio de la regalía hipotética, de la cual dice FERNÁNDEZ NOVOA²⁸³, aunque en relación con el derecho de propiedad industrial, que constituye un techo mínimo de la reclamación del titular. Éste, cuando no disponga de pruebas que acrediten el

²⁸¹ GUILARTE GUTIERREZ, Vicente, “La superación del empobrecimiento de la víctima... op.cit., pag. 1032; NAVEIRA ZARRA, Maita Mª, “La Ley de Marcas de 2001: un punto de inflexión en el análisis funcional del derecho de daños”, *Revista de Derecho Privado*, 2003, pag. 395, nota 60.

²⁸² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y otro, *Daños y perjuicios en...* op.cit. pag. 244.

²⁸³ FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos, *El enriquecimiento injustificado en el Derecho industrial*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pags. 57 y 85.

enriquecimiento del infractor, debe tener, por lo menos, derecho a percibir la cantidad que el infractor habría debido desembolsar. No es que se presuma nada: antes bien, se finge que las partes del litigio han concluido un acuerdo por el que se licenciaba la explotación de la obra. Y aunque pudiera parecer otra cosa, optar por el pago de ese *royalty* no significa ratificar o convalidar la infracción: la reclamación siempre será compatible con las acciones de cesación del daño y hasta con la destrucción de las planchas, moldes, etc.²⁸⁴

Se distingue de un lado entre consecuencias económicas negativas, que comprende lo que antes eran criterios alternativos el lucro cesante y el beneficio dejado de obtener; y lo que es la licencia hipotética, que es realmente un criterio de enriquecimiento injusto. Las consecuencias económicas negativas, entre ellas la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita han encontrado la tradicional dificultad de probar el lucro cesante (gala del cómic, SAP Granada 14-07-2006; STS 25-01-2007, sobre un modelo Adidas). Una perspectiva innovadora en Sentencia de Juzgado de lo Mercantil 3º de Madrid 19-12-2006 (Adidas). En el caso del uso de los nombres de grupos musicales como polítonos de teléfonos móviles, se rechazó la indemnización de daños y perjuicios, porque la demandante SONY, no actuaba en dicho comercio, sin que pudiera probar ni regalía hipotética ni lucro cesante (S. J. Merc. 2 25-11-2007, LA LEY, 21-03-2007, caso La Oreja de Van Gogh). En cambio, en un caso en el que se utilizaba la marca “El Arrebato”, el cantante y su discográfica pudieron por vía del Derecho de marcas impedir el aprovechamiento de la reputación ajena.²⁸⁵

6.6.- La pretensión ejecutiva

El artículo 517 LEC establece que podrá ejercitarse la pretensión de ejecución, siempre que dimanase del título que la ley reconozca fuerza ejecutiva, ya sean laudos arbitrales o resoluciones judiciales. Y en caso de que el título sea extrajudicial, que contenga una obligación dineraria, vencida, exigible y de cuantía superior a 300 euros, artículo 520 LEC; pero para este segundo caso analizaremos más adelante si es posible

²⁸⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y otro, *Daños y perjuicios en...* op.cit. pag. 246 y 247.

²⁸⁵ LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, “La Protección de los Derechos de Propiedad...” op.cit., pag. 123.

su aplicación para los derechos de autor.

Con la LEC se ha vuelto a la unidad del proceso de ejecución, estableciendo una regulación unitaria sin hacer diferencias. En la Exposición de Motivos de la LEC de 2000 se dice claramente: “En cuanto a la ejecución forzosa propiamente dicha, esta Ley, a diferencia de la de 1881, presenta una regulación unitaria, clara y completa. Se diseña un proceso de ejecución idóneo para cuanto puede considerarse genuino título ejecutivo, sea judicial o contractual o se trate de una ejecución forzosa común o de garantía hipotecaria, a la que se dedica una especial atención”.

Este único proceso de ejecución es aplicable sea cual fuere el título ejecutivo. En el artículo 517 se ha enumerado taxativamente a cuales se debe considerar como títulos ejecutivos. Después aparece claro que las disposiciones generales, relativas a las partes, al tribunal competente y al despacho de la ejecución son de aplicación a todos los títulos y también todo lo relativo a la ejecución dineraria.²⁸⁶

A.- Clases de Títulos Ejecutivos

Si es verdad que existe una única ejecución, esto no significa que no se haya realizado una diferenciación entre los títulos ejecutivos en base a los cuales se llevará a cabo la ejecución. Debemos distinguir dos clases de títulos ejecutivos: a) Los títulos judiciales y arbitrales, y b) Los títulos extrajudiciales. Sólo llevan aparejada ejecución los títulos que la ley dispone. Esta distinción tiene trascendencia pues el tratamiento procesal será distinto, fundamentalmente en las causas de oposición a la ejecución y el procedimiento para dilucidar la misma.²⁸⁷

La ejecución de los títulos ejecutivos, ya sean judiciales o extrajudiciales, tiene particularidades que las distinguen, entre las más importantes podemos señalar las siguientes:

²⁸⁶ MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, tomo I, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pag. 79; GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2003, pag. 50 y 51.

²⁸⁷ DAZA VELÁZQUEZ DE CASTRO, Roberto, *Ejecución forzosa en el proceso civil*, 2.ª ed, editorial Comarés, Granada, 2008, pag.6 y 7; GARBERÍ LLOBREGAT, José, *El proceso de ejecución...* op.cit., pags. 51 a 53.

1ª Los títulos judiciales y asimilados pueden documentar todas las obligaciones que se resuelven en prestaciones de hacer, de no hacer o de dar, mientras que los títulos extrajudiciales sólo pueden documentar obligaciones dinerarias, o de cosas o especies computables en dinero (art. 520 LEC). Respecto a los títulos extrajudiciales sólo puede despacharse ejecución por cantidad determinada, ya sea en dinero en efectivo o en moneda extranjera convertible, que exceda de 300 euros. Si bien es cierto, en la redacción de la LEC la cuantía aparece redactada en las antiguas pesetas, la conversión al importe en euros se encuentra en los Anexos de Real Decreto 1417/2001, de 17 de diciembre. Aplicable a todas las cuantías establecidas en la LEC.

2ª Cuando la pretensión ejecutiva se basa en título judicial o asimilado tiene norma especial de caducidad en el artículo 518 LEC, que establece que caducará la acción en el plazo de cinco años desde que la resolución judicial quedó firme. Esta norma no es aplicable a los títulos extrajudiciales, para los cuales habrá de estar a la prescripción o a la caducidad de cada uno de ellos.

3ª Cuando se trata de la ejecución de títulos judiciales, el artículo 548 LEC establece un plazo de veinte días para despachar la ejecución, desde la notificación de la resolución, plazo que no existe en la ejecución de títulos extrajudiciales, entre otras cosas, porque no existe resolución a notificar, y por eso mismo se sustituye esa notificación por el requerimiento notarial o judicial de pago establecido en los artículos 580 y 581 LEC.

4ª El requerimiento de pago, notarial o judicial, está previsto en la ejecución dineraria cuando se trata de títulos extrajudiciales (art. 581 LEC) y no se requiere en las ejecuciones dinerarias de título judicial (art. 580 LEC).

5ª Cuando se trata de título extrajudicial puede existir la necesidad de determinar la cuantía de la reclamación, lo que obligará a alguna actividad, como la prevista en los artículos 572.2 y 753 LEC, lo que carece de sentido cuando se trata de ejecución de título judicial, sobre todo atendido la imposibilidad de sentencias con reserva de liquidación, según lo dispuesto por el artículo 219 LEC.

Para los derechos de autor el título ejecutivo por excelencia es la resolución

judicial, que previamente fue resuelta en un proceso de condena, favorable al demandante. Esta resolución judicial puede condenar al demandado para que cumpla con: a) el pago de una cantidad de dinero, ya sea por indemnización de daños y perjuicios, por la entrega de ganancias obtenidas ilícitamente por la explotación del derecho de autor, por el pago de la remuneración debida, etc., y, b) la realización de una prestación de dar, hacer, no hacer.

Sin embargo consideramos poco probable, que exista un título ejecutivo extrajudicial, aplicable a los derechos de autor, puesto que es necesario que estos títulos de origen contractual sólo puedan documentar obligaciones dinerarias, y que cumplan los siguientes requisitos (art. 520 LEC): 1) cantidad determinada, 2) superior a 300 euros (aunque esta cuantía puede alcanzarse por la adición de varios títulos), 3) en dinero efectivo, 4) en moneda extranjera convertible, y, 5) en cosa o especie computable en dinero. Si bien podría existir un documento contractual referido a los derechos de autor que se refiera a una cantidad de dinero, consideramos que lo usual para la explotación de estos derechos es un contrato que contiene obligaciones de hacer o no hacer, antes que obligaciones de dar, y peor aún cantidades económicas; sin embargo no descartamos su posibilidad en algún caso específico.

B.- Título ejecutivo judicial

El título de ejecución más importante es la sentencia firme de condena (artículo 517.2, 1º LEC). Después del proceso de declaración la sentencia firme de condena termina con toda posibilidad de discusión en torno a la existencia del derecho subjetivo y de la obligación.²⁸⁸

C.- Título ejecutivo extrajudicial o contractual

Estos títulos no tienen un origen judicial, es decir que no emanan de una sentencia firme, sino que provienen de una relación contractual y se trata de actos jurídicos que se documentan con tales garantías que la ley les atribuye fuerza ejecutiva.

²⁸⁸ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel, *El proceso de ejecución*, Romargraf, Barcelona, 1982, pag. 57; DAZA VELÁZQUEZ DE CASTRO, Roberto, *Ejecución forzosa...* op.cit., pags. 7 y sgtes.; MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de Ejecución...* op.cit., t. I, pag. 87.

La característica más importante y determinante de todos ellos es que sólo pueden documentar obligaciones dinerarias, que cumplan los siguientes requisitos: 1) cantidad determinada, 2) superior a 300 euros, aunque esta cuantía puede alcanzarse por la suma de dos o más títulos, 3) en dinero efectivo, 4) en moneda extranjera convertible, cuando la obligación de pago esté autorizada o resulte permitida legalmente, y 5) en cosa o especie computable en dinero; así lo establece el art. 520 LEC.²⁸⁹

Respecto a los derechos de autor, consideramos posible pero poco probable que exista un contrato que contenga sólo una cantidad determinada en dinero; como lo señalamos anteriormente, los contratos de derechos de autor sobre todo contienen obligaciones de hacer o no hacer, pero no descartamos la posibilidad de que existan estos contratos en una relación contractual especial y concreta. Si bien es cierto que podría darse el caso de un documento del que se deduce la existencia de una deuda, carecería de importancia (por lo menos para el proceso de ejecución) que el origen de dicha deuda sean los derechos de autor.

D.- La ejecución dineraria

La LEC en el artículo 571, fija el ámbito de aplicación del régimen establecido en ese Título IV para la ejecución dineraria, estableciendo las “Disposiciones generales” sobre esta ejecución, y conforme al cual: “las disposiciones del presente Título se aplicarán cuando la ejecución forzosa proceda en virtud de un título ejecutivo del que, directa o indirectamente, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida”. Asimismo el artículo 572.1 LEC, precisa lo que debe entenderse por cantidad líquida a los efectos del despacho de ejecución: “Para el despacho de la ejecución se considerará líquida toda cantidad en dinero determinada, que se exprese en el título con letras, cifras o guarismos comprensibles. En caso de disconformidad entre distintas expresiones de cantidad, prevalecerá la que conste en letras”.

Para los derechos de autor, la sentencia que ponga fin un proceso de infracción de estos derechos deberá señalar claramente la cantidad de dinero que deberá pagar el infractor a favor del autor, por concepto de daños y perjuicios, ganancias dejadas de

²⁸⁹ DAZA VELÁZQUEZ DE CASTRO, Roberto, *Ejecución forzosa...* op.cit., pags. 11 y sgtes.; MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de Ejecución...* op.cit., t. I, pag. 190.

percibir, la remuneración debida, etc. Esto deberá estar expresado en números conteniendo una cantidad de dinero específica, además de los intereses que haya podido generar el transcurso del tiempo, mientras se llevaba a cabo el proceso.

D.1.) Ejecución dineraria de Títulos judiciales

La sentencia de condena deberá señalar expresamente la cantidad de dinero determinada que se mande a pagar, o el importe de la cantidad que debe ser satisfecha en concepto de frutos, rentas, utilidades o productos de cualquier clase, sin que sea posible dejar la determinación de su importe para la ejecución de sentencia, según lo dispone el artículo 219 LEC. La determinación de lo debido se ha fijar siempre en el proceso de declaración, estableciéndose en la sentencia que le pone fin, el importe preciso de las cantidades debidas, si bien, cuando lo reclamado en ese proceso consista en el pago de frutos, rentas, utilidades o productos, esa determinación puede hacerse fijando con claridad y precisión en la sentencia las bases con arreglo a las cuales se deba practicar la liquidación, de forma que ésta consista en una simple operación aritmética. Ello significa que será en la propia demanda ejecutiva y en el mismo auto despachando la ejecución y no en ejecución de sentencia, donde se habrá de aplicar, respectivamente, por el demandante y por el juzgador aquella simple regla aritmética que permita, sin valoración fáctica alguna, cuantificar la suma por la que se deba despachar la ejecución conforme a las bases fijadas en el título.²⁹⁰ De la misma forma para el caso de los derechos de autor, el monto señalado en la sentencia de condena deberá de provenir de una simple operación aritmética que señale claramente la cantidad en dinero que deberá pagar el infractor a favor del titular del derecho de autor.

Los demás títulos judiciales en que se reflejen deudas dinerarias deberán determinar claramente la concreta cantidad que haya de ser satisfecha por el concepto que hubiere dado lugar a pronunciar la resolución de que se trate. Estos títulos pueden ser: el importe de la cantidad que se reconoce debida en transacción, o en el acuerdo o conciliación logrados en la audiencia previa, o en el convenio regulador que se homologan; la cantidad por la que se aprueba la tasación de costas; el importe de la indemnización que corresponde a testigos; la cantidad en que se cifran los daños y

²⁹⁰ MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de Ejecución...* op.cit., t. II, pag. 1275.

perjuicios al levantar una medida cautelar, etc. En cada uno de esos títulos, para que merezcan la condición de tales, debe fijarse necesariamente la cantidad líquida de dinero que debe ser entregada al acreedor.²⁹¹ De la misma forma deberán señalarse las cantidades exactas, cuando procedan cada uno de estos conceptos, en las sentencias que pongan un fin a un proceso por infracción de los derechos de autor.

D.2) Ejecución dineraria de Títulos extrajudiciales

De la misma forma que para los anteriores títulos, en caso de tratarse de un contrato acordado mediante escritura pública, siempre será necesario que en esencia reflejen una obligación pecuniaria, vencida y líquida, expresada en dinero ejecutivo o en cosa o especie computable en dinero.

Como lo señalamos anteriormente consideramos poco probable que para el caso de los derechos de autor, exista un título extrajudicial que contenga principalmente una obligación pecuniaria, puesto que los contratos respecto a los derechos de autor sobre todo contienen obligaciones de hacer o de no hacer, sin embargo no descartamos esta posibilidad en algún caso concreto.

E.- Las Ejecuciones No Dinerarias

A través de esta ejecución se busca el cumplimiento de una condena no dineraria, que son aquellas en las que se exige al deudor ejecutado una prestación distinta a la de entregar una cantidad de dinero. De las condenas no pecuniarias suele hacerse una triple clasificación, así tenemos las ejecuciones que contienen condenas: a) de dar cosa distinta a dinero, b) de hacer, y, c) de no hacer.²⁹²

F.- Obligaciones de dar cosa distinta a dinero

La sentencia o el laudo arbitral se constituirá en el título ejecutivo, cuando contenga una orden que condena al demandado a entregar una cosa determinada, que

²⁹¹ MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de Ejecución...* op.cit., t. II, pags. 1275 y 1276.

²⁹² FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel, *El proceso de ejecución...* op.cit., pag 227; ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005, pags. 50 y 51.

puede ser mueble o inmueble, o cosas genéricas o indeterminadas.

Dar debe entenderse en su más genuino significado, es decir que el deudor, o el juez en sustitución suya, realice los actos que sean necesarios para que el ejecutante devenga en poseedor de la cosa debida.²⁹³

Para el caso de los derechos de autor, nos referimos a la obra artística en sí, es decir el objeto o cosa que constituye la obra de arte por sí misma. Por ejemplo, el ejecutado podría estar obligado a dar (o mejor dicho devolver) una obra que fue cedida temporalmente, ya sea un cuadro, una escultura, una maqueta, un manuscrito, etc.; asimismo, en el contrato de edición, el autor está obligado a entregar la obra a la empresa editora, con el objeto de dar inicio a la edición del libro.

La ejecución se inicia con el auto despachando la ejecución, en el que se ordenará requerir al ejecutado para que, dentro del plazo que se le conceda, proceda a cumplir, es decir para que entregue la cosa; así lo establece el artículo 699 LEC. En caso que el ejecutado cumpla lo ordenado dentro del plazo, no se procederá a realizar verdaderos actos físicos de ejecución; de lo contrario se dará inicio a la actividad ejecutiva que será diferente según se trate de un bien u otro.²⁹⁴

F.1.) Obligación de Dar cosa mueble determinada

La finalidad de toda la actividad ejecutiva desarrollada consiste en que el tribunal ponga a disposición del ejecutante la cosa debida, empleando para ello todos los apremios o medios que considere necesarios, así lo establece el artículo 701.1 LEC.

Según ORTELLS RAMOS la actividad ejecutiva básica consiste en la aprehensión del bien determinado, y para lograr este objetivo, se deben seguir dos caminos distintos, dependiendo del paradero del bien mueble determinado: a) Si es conocido el paradero de la cosa mueble, o, b) Si no es conocido el paradero.²⁹⁵

²⁹³ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel, *El proceso de ejecución...* op.cit., pag 238.

²⁹⁴ CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Ejecución de condenas de dar (tratamiento procesal adaptado a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Bosch, Barcelona, 2001, pag. 37; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *Las condenas no pecuniarias*, Facultad de Derecho Palma de Mallorca, 1984, pag. 79..

²⁹⁵ ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas...*, op.cit., pag. 120.

a) Si es conocido el paradero de la cosa mueble, se realizarán los actos de transferencia posesoria (art. 701.1). El tribunal está apoderado para ejecutar los siguientes medios:

1º Los necesarios para poner al ejecutante en posesión de la cosa, aunque no concurra la voluntad del ejecutado. Es el tribunal el que pone en posesión, no el ejecutante quien se apodera de la cosa.

2º El uso de la fuerza pública si fuere necesario, aunque sea en contra de la voluntad del ejecutado (art. 549.1.c LOPJ)

3º La orden de entrada y registro de lugares cerrados, incluidos los domicilios, cuando haya motivos para pensar que la cosa mueble se encuentra en aquellos.²⁹⁶ La jurisprudencia constitucional ha entendido que una cosa es el acuerdo de ejecución y otra el mandamiento de entrada y registro, de modo que el mero hecho de haberse despachado ejecución no basta para efectuar la entrada y registro, siendo necesario un mandamiento específico.²⁹⁷

b) Si no es conocido el paradero, se realizarán previamente actos de averiguación del mismo (art. 702.2). Estos actos consisten en un interrogatorio dirigido al ejecutado o a terceros, para que digan si la cosa está o no en su poder y si saben dónde se encuentra, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia (arts. 556 y 637 CP).

También puede suceder que el bien determinado se encuentra en posesión de un tercero ajeno tanto al proceso declarativo como al título ejecutivo formado en él, no pudiendo dirigirse la ejecución contra el tercero. Este supuesto no está previsto en el artículo 701 pero no puede desconocerse su posibilidad. Si en los bienes inmuebles es frecuente en la práctica la transmisión fraudulenta a un tercero para evitar la ejecución

²⁹⁶ CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Ejecución de condenas de dar...* op.cit., pags. 335 a 338; ARANGÜENA FANEGO, Coral, en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, (dir. Lorca Navarrete, A.) (coordinador Guilarte Gutierrez, V.) Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000, pags. 3623 a 3624; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001, pag. 1183.

²⁹⁷ STC 22/1984, de 17/2.

de dar, lo mismo, pero con mayor énfasis, hay que decir de los bienes muebles, atendiendo a la mayor facilidad de la aparente transmisión.²⁹⁸

Si al final resulta imposible la ejecución en sus propios términos por no ser habida la cosa, el artículo 701.3 LEC acaba diciendo que, a instancia del ejecutante, el tribunal ordenará la sustitución por una justa compensación pecuniaria, que se establecerá con arreglo a los artículos 712 LEC y siguientes. La expresión “justa compensación” debe incluir, dos conceptos: el valor de la cosa mueble y la indemnización de los daños y perjuicios derivados de la sustitución.²⁹⁹

F.2.) El equivalente pecuniario

Tal como lo señalamos anteriormente, en caso que sea imposible la entrega de la cosa objeto del título, normalmente de la específica (artículo 701.3 LEC), pero en algún caso también de la genérica (artículo 702.2 LEC), se prevé la sustitución de la ejecución *in natura* por el equivalente pecuniario en dinero. En cualquier caso, tal como lo señala el artículo 712 LEC, la sustitución de la ejecución en sus propios términos por una cantidad en dinero, deberá contener a su vez dos elementos³⁰⁰:

1º. El valor de la cosa que no se ha entregado, este requisito es la razón de ser de la sustitución, consistiendo su único problema en la cuantificación, para lo que debe estarse al artículo 717 LEC.³⁰¹

2º. Habrá que determinar los posibles daños y perjuicios que se hayan ocasionado, lo cual deberá demostrarse, puesto que éstos pueden no haber existido. Para su liquidación deberá estarse a lo establecido en los artículos 713 a 716 LEC.³⁰²

²⁹⁸ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel, *El proceso de ejecución...* op.cit., pags. 239 y 240. En este sentido el AAP Burgos 26/6/2003 (EDJ 2003/54261)

²⁹⁹ MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de Ejecución...* op.cit., t. II, pag. 2012.

³⁰⁰ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel, *El proceso de ejecución...* op.cit., pag. 241.

³⁰¹ En la resolución siguiente se asistió a un caso muy claro de lo que es la determinación del valor del bien que no se puede entregar. La Administración del Estado había sido condenada a entregar la posesión de un bien inmueble del que antes había privado ilegalmente al actor, pero pendiente la ejecución de la sentencia se produjo la expropiación de ese bien. Ante la imposibilidad de la ejecución *in natura* y la necesidad de su sustitución por equivalente se trataba de determinar cuál era esa sustitución. AAP Burgos 13/2/2003 (JUR 2003/122402)

³⁰² TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, *Las condenas no pecuniarias*, op.cit., pag. 215 a 222. En la misma resolución en que la entrega del bien inmueble resultó imposible, se estableció que la indemnización de

Se trata, por tanto, de que en el procedimiento del artículo 717 LEC debe utilizarse, primero, para la determinación del equivalente económico en sentido estricto, pero también, y al mismo tiempo, para la determinación de los daños y perjuicios derivados de la no entrega de la cosa mueble.

G.- Obligaciones de hacer

La ejecución de las obligaciones de hacer se encuentran establecidas en los artículos 705 a 709 LEC, en ellos se determinan algunos supuestos especiales para este tipo específico de ejecución. Las obligaciones *facere* se definen normalmente de modo negativo, en el sentido de que son aquellas que tienen una prestación diferente de dar cosa determinada y distinta también de no hacer. El hacer puede referirse a actividades tan diferentes entre sí que no cabe un concepto positivo.³⁰³

ORTELLS RAMOS³⁰⁴ considera que las pretensiones establecidas en el artículo 139.1.c, d y e, son verdaderas “obligaciones de hacer” por parte de los infractores, y que contienen intrínsecamente una obligación o deber de abstención. Esto debe entenderse en el sentido de que una vez obtenida una sentencia judicial que ampare cualquiera de estas pretensiones (art. 139.1.c, d y e LPI), adquirirán la condición de título de ejecución, al estar contenidas en una sentencia condenatoria. Como sabemos, los únicos títulos que aparejan ejecución son las sentencias judiciales y los títulos extrajudiciales que establezca expresamente la ley (*numerus clausus*), y no deberá entenderse que la LPI ha dado a estas pretensiones la condición de título ejecutivo.

los daños y perjuicios debían corresponderse con los intereses moratorios del artículo 1108 CC (y no con los intereses procesales pues la sentencia no contenía una condena de dinero) AAP Burgos 13/2/2003 (JUR 2003/122402) A pesar de alguna jurisprudencia que no realizaba la distinción anterior, la sentencia siguiente distingue claramente entre el valor de la plaza de garaje que no se entregó, por inhabilidad para cumplir con su finalidad, y los daños y perjuicios derivados de esa no entrega. STS 16/3/1995 RJ 1995/2661.

³⁰³ PARDO IRANZO, Virginia, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y de no hacer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pags. 56 y 57; MORENO QUESADA, Bernardo, “Problemática de las obligaciones de hacer” en Revista de Derecho Privado, 1976, LEDESMA MARTÍNEZ, María Julita, *Las obligaciones de hacer*, Comares S.L., Granada, 1999, pag. 94; CATALÁ COMAS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, Bosch, Barcelona, 1998, pag. 87.

³⁰⁴ ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas...*, op.cit., pags. 215 y 216, señala: “Para la tutela de los derechos de autor, la ley no se limita a establecer deberes de abstención de actividades ilícitas, en cuanto lesivas de tales derechos e infractoras de ese orden jurídico, sino que, producida la infracción, impone precisos deberes de hacer dirigidos a reparar eficazmente el daño producido (éstos deberes de hacer son): 4.º) ...la retirada del comercio y destrucción de ejemplares ilícitos, la inutilización y, en su caso, destrucción de ciertos medios e instrumentos y la remoción o precinto de aparatos (art. 139.1.c, d y e LPI)”.

G.1.) Conductas fungibles e infungibles

En las condenas de hacer lo más importante es determinar y distinguir entre conductas fungibles e infungibles, advirtiéndose que la diferencia entre una y otra conducta se encuentra en la equivalencia entre (in)fungible e (in)sustituible. Así la cosa fungible es la que es sustituible, en el sentido de que consumiéndose por su uso puede utilizarse otra de la misma especie; la cosa fungible por excelencia es el dinero, también lo son todos aquellos bienes que se pueden pesar, contar o medir. Ahora bien, dentro de las conductas, se consideran fungibles las que es indiferente si las realiza una u otra persona, dado que el resultado es el mismo; naturalmente una conducta es infungible cuando ha de realizarse precisamente por una persona determinada, atendiendo a cualidades propias y específicas de esta, haciendo que su resultado sea distinto al que puede producir la conducta de otra persona. De este modo se advierte que la fungibilidad atiende a la persona que debe realizar la actividad, no a la actividad misma.³⁰⁵

Entonces en estas obligaciones de hacer cobra real importancia el punto de vista del ejecutante, pues será él quien determine si la prestación la considera fungible o no. Precisamente, si el ejecutante pide que la actividad ejecutiva continúe con el encargo del hacer a un tercero a costa del condenado, o si solicita, simplemente, el resarcimiento de daños y perjuicios, la ley no autoriza al tribunal (art. 706 LEC) para que valore si el hacer ha de considerarse no personalísimo, es decir que la decisión del ejecutante por una o por otra forma de continuar el desarrollo de la actividad ejecutiva vincula al tribunal. En cambio, si el ejecutante a su juicio considera que el hacer es personalísimo, solicita al tribunal para que apremie al ejecutado con multas coercitivas periódicas o pretende el equivalente dinerario de la prestación debida acompañado de una única multa como sanción por la resistencia a cumplir. El tribunal sólo podrá acceder a una de las dos peticiones (art. 709.1 LEC *in fine*).³⁰⁶

En caso que el ejecutante estuviera convencido de que dada la dificultad de obtener el cumplimiento de la prestación de hacer por el propio ejecutado con los

³⁰⁵ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel, *El proceso de ejecución...* op.cit., pags. 231 y 232; ZARRELLI, Antonio, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, E. Jovene, Napoli, 1969, pags. 9 y sgtes.

³⁰⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas...*, op.cit., pags. 242 y 243.

medios previstos para los casos de hacer personalísimo, pudiera el ejecutante (si estuviera interesado en la realización específica del hacer y no en el equivalente dinerario) instar la actividad ejecutiva como si se tratara de un hacer no personalísimo.³⁰⁷

La distinción de las obligaciones personalísimas y no personalísimas tiene mucha relevancia respecto a los derechos de autor, por ejemplo, cuando se genera la obligación de escribir un libro de texto, contenida en un contrato de edición celebrado entre editorial y autor, podría haberse perfeccionado sólo porque para la editorial ese autor es el único que puede cumplir con dicha obligación dadas sus cualidades personales, no existiendo posibilidad de sustitución por otro autor.³⁰⁸

Todo lo anterior supone que la fungibilidad o infungibilidad no puede establecerse de modo general y abstracto, sino que debe atenderse al caso concreto, deberá determinarse si al contratar la prestación, una parte tomó en cuenta la calidad y circunstancias de la otra, puesto que el contrato no se hubiera celebrado con persona distinta, o por lo menos no se hubiera celebrado en las mismas condiciones. Además, es una situación totalmente diferente si para la realización de la conducta se exija una titulación profesional (persona física) o un acopio de medios (normalmente persona jurídica) que lleve a considerar que sólo existen algunas pocas personas capaces de realizarla.³⁰⁹

Debemos hacer una distinción entre fungibilidad jurídica y natural puesto que puede estarse ante una infungibilidad natural pero no ante una infungibilidad jurídica, puesto que la sustitución la permite la ley. El caso más claro es el repetido del otorgamiento de escritura pública; la actividad del deudor es aparentemente infungible

³⁰⁷ CATALÁ COMAS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer... op.cit.*, pags. 94 y 95; FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel, *Derecho procesal civil*, tomo III, pags. 334 y 335; VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995, pags. 277 y 278.

³⁰⁸ ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULÉ, José, *Instituciones de Derecho procesal. Proceso civil*, 2ª. ed., Trivium, Madrid, 1994, pag. 873.

³⁰⁹ MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de Ejecución...op.cit.*, t. II, pag. 2037. En este sentido resolvió la SAP Zaragoza 11/1/1995 (AC 1995/26).

(emisión de una declaración de voluntad), pero la ley permite que la actividad del deudor sea sustituida por la actividad del juez.³¹⁰

G.2.) Inicio de la actividad ejecutiva

El proceso de ejecución dará inicio a través de la demanda ejecutiva. El tribunal mediante auto despachará la ejecución, requiriendo al ejecutado para que realice determinada actividad, fijando un plazo para dicha ejecución, de acuerdo a la naturaleza del hacer y a las circunstancias que concurran, así lo dispone el artículo 705 LEC. Entonces el auto que da inicio a la actividad ejecutiva deberá contener dos elementos importantes: a) el requerimiento en el que se determina la actividad, y, b) el plazo dentro del que deberá realizarse.

Para el caso de los derechos de autor, es muy importante la estimación que hará el tribunal sobre el plazo prudente para que el ejecutado cumpla con la obligación, por ejemplo, deberá dar el tiempo necesario para que un escritor pueda escribir una novela, o termine de escribirla; o cuánto tiempo tardará un pintor para concluir un cuadro, o un músico para componer y grabar un disco. Para ello el tribunal deberá fijar un plazo objetivo, sin tomar en cuenta la destreza o habilidades del ejecutado, respecto al tiempo que le tardaría a este culminar la obra artística.

El tiempo fijado en el plazo determina el ámbito temporal dentro del que el ejecutado puede cumplir lo ordenado en el requerimiento, de modo que pasado ese plazo se está ya ante el incumplimiento. El intento posterior de hacer por el ejecutado no puede tener ya consecuencias jurídicas, a no ser que el ejecutante admita ese hacer fuera del plazo.

G.3.) Ejecución de conductas fungibles o no personalísimas

Cuando la obligación de hacer contenida en el título ejecutivo es fungible o no personalísimo, si el ejecutado no lo lleva a cabo en el plazo señalado por el tribunal

³¹⁰ Esta distinción la realiza CARRERAS LLANSANA, Jorge, *El embargo*, Boch, Barcelona, 1998, pags. 38 y sgtes; asimismo leer a CATALÁ COMAS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer... op.cit.*, pag. 92.

(artículo 706 LEC), podrá suceder que el título contenga una disposición expresa para el caso de incumplimiento del ejecutado, caso en el que habrá de estarse a lo dispuesto en aquél.³¹¹ Es necesario señalar que cuando la norma se refiere al título, se trata del ejecutivo (sentencia o laudo arbitral), no del acto o negocio jurídico en que se contrajo inicialmente la obligación.

Precisamente para el caso de incumplimiento por parte del ejecutado, el artículo 706.1 LEC establece expresamente la posibilidad de que el ejecutante opte por el resarcimiento de los daños y perjuicios, y dispone que entonces se procederá a cuantificarlos conforme a lo previsto en los artículos 712 LEC y siguientes. El ejecutante puede también optar por pedir que se le faculte para encargarlo a un tercero, a costa del ejecutado, caso en el que se valorará previamente el coste de dicho hacer, por un perito tasador designado por el tribunal y, si el ejecutado no depositase la cantidad que el tribunal apruebe o no afianzase el pago, se procederá al embargo y realización forzosa de sus bienes hasta obtener la suma necesaria.³¹²

Ahora bien, una cosa es el embargo preventivo del artículo 700 LEC y otra es el aseguramiento del artículo 706.2 LEC, puesto que en el mismo se dispone que, determinado el coste del hacer por el perito tasador y la aprobación judicial, el ejecutado deberá depositar esa cantidad o afianzar su pago, con lo que estamos ante un aseguramiento, y si no lo hace así de inmediato se procederá al embargo de bienes y a su realización forzosa hasta obtener la suma que sea necesaria. Es decir que debemos distinguir estos embargos, puesto que este último es un embargo ejecutivo previsto para el caso de falta de consignación o afianzamiento.³¹³ Esta distinción la analizaremos a profundidad más adelante.

³¹¹ ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas...*, op.cit., pag. 235.

³¹² CATALÁ COMAS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...* op.cit., pags. 241; MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de Ejecución...* op.cit., t. II, pags. 2045 a 2048; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, “Conceptos fundamentales de la ejecución forzosa civil”, *La Ley*, Nro. 4, pags. 930 a 936; GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino, “Ejecución forzosa por obligaciones de hacer, de no hacer y de dar cosas determinadas”, *Revista de Derecho Procesal*, 1974, pag. 854.

³¹³ MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de Ejecución...* op.cit., t. II, pag. 2055. Esto se encuentra corroborado en el AAP Burgos Secc. 3ª, 5 de noviembre de 2002, La Ley 1320715/2002, AAP Salamanca 25 de marzo 2002, La Ley, 1113040/2002.

G.4.) Ejecución de conductas infungibles o personalísimas

En especial, para el caso de los derechos de autor, son obligaciones infungibles las asumidas por un cantante de dar un recital en una fecha determinada, o un escultor que deba realizar determinada obra plástica, o del pintor que debe pintar un cuadro, también se puede hablar de un actor de interpretar una película. Todas estas obligaciones se asumen sin duda en la realidad jurídica, pero el incumplimiento de las mismas son poco probables los casos específicos en los que la se inicie un proceso en el que se solicite el cumplimiento de la pretensión en sus propios términos, es decir que se condene al deudor a cumplir la obligación; esto siempre dependerá de las condiciones en las que se encuentre obligado el artista. Por ejemplo, económicamente carece de sentido que contratado por un empresario teatral el tenor Plácido Domingo para dar un concierto, e incumplida la obligación por el cantante, se presente una demanda con la pretensión de condena a cumplir la obligación en sus propios términos. El proceso puede durar algunos años y al final del mismo acabar todo en una ejecución carente de sentido útil. Lo lógico en todos los sentidos es que ante el incumplimiento del famoso tenor, el empresario formule una demanda de reclamación dineraria, de los daños y perjuicios, por la que quepa obtener una condena dineraria.³¹⁴

El inicio de la actividad ejecutiva cuando la condena parezca referida a un hacer personalísimo, empieza con el despacho de la ejecución y el requerimiento con plazo al ejecutado, así lo establece el artículo 709 LEC.³¹⁵

Como señalamos anteriormente, si el título contiene disposición expresa para el caso de incumplimiento, deberá estarse a lo dispuesto por la misma; en caso contrario, se seguirá el siguiente procedimiento:

a) Cuando el ejecutado, dentro del plazo conferido, cumpla el requerimiento, y lo haga bien y completamente, habrá concluido la ejecución, para este caso únicamente podrá continuarse la ejecución respecto de las costas.

³¹⁴ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel, *El proceso de ejecución...* op.cit., pag. 235; MORENO QUESADA, Bernardo, "Problemática de las obligaciones de hacer", *Revista de Derecho Privado*, 1976, junio, pag. 479.

³¹⁵ MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de Ejecución...* op.cit., t. II, pag. 2063.

b) Si el ejecutado cumple mal o parcialmente la obligación, deberá entenderse que se está ante el caso de incumplimiento, aunque es posible que luego para el equivalente pecuniario se tenga en cuenta el valor de lo hecho. Por lo mismo, también cabe que la ejecución parcial o incorrecta suponga sin más la necesidad de destruir lo mal hecho y a costa del ejecutado.

c) El ejecutado, dentro del plazo, también podrá alegar: 1) en torno al carácter personalísimo o no de la prestación debida, y, 2) sobre los motivos que tiene para negarse a hacer lo que el título dispone. Esto supone la posibilidad de la existencia de una primera resolución en la que se debe determinar la naturaleza de la obligación de hacer. Si se determina que es una obligación infungible, las razones del ejecutado para no cumplirla pueden surtir algún efecto respecto de la decisión posterior de imponer o no multas coercitivas. Si la obligación es fungible estaremos ante la aplicación del artículo 706 LEC con sus opciones.

d) Si el ejecutado no ha cumplido con la obligación, y habiendo transcurrido ya el plazo concedido para dicho cumplimiento, el ejecutante puede optar entre: 1º) Solicitar la imposición de multas coercitivas, con reiteración trimestral de los requerimientos de cumplimiento (art. 709.1 y 3 LEC)³¹⁶, o bien a la imposición de una multa única, en ambos casos con simultánea iniciación del procedimiento para liquidación del equivalente dinerario de la prestación (art. 709.2); 2º) De la concurrencia de casos de imposibilidad de cumplimiento, que conduce a que deba adecuarse el procedimiento a la determinación y ejecución del equivalente dinerario, aunque sin aplicación de multas (art. 18.2 LOPJ); 3º) En caso de agotamiento del período máximo de imposición de multas coercitivas, sin que haya sido cumplida la prestación, lo que implica adecuar el procedimiento a la determinación y ejecución del equivalente dinerario o a la adopción de otras medidas aptas para la satisfacción del ejecutante (art. 709.3).³¹⁷

³¹⁶ ARANGÜENA FANEGO, Coral, en *Comentarios...* op.cit., pags. 539 a 549; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, (Coordinador Jimenez Conde, F.), Sepin, Madrid, 2002, pag. 541; DOMINGUEZ LUELMO, Andrés, (dir. Lorca Navarrete, A.) (Coordinador Guilarte Gutierrez, V.), *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, Editorial Lex Nova, Valladolid, pags. 3745 a 3746; PARDO IRANZO, Virginia, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y no hacer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pags. 140.

³¹⁷ MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de Ejecución...* op.cit., t. II, pag. 2064.

H.- Obligaciones de No hacer

Las obligaciones de no hacer pueden referirse a una gran variedad de supuestos, de los que el artículo 710 LEC no contempla la mayoría de ellos, dejándolos en la indeterminación.³¹⁸

H.1.) Clases de obligaciones de no hacer

Teóricamente, las condenas a no hacer, que son siempre infungibles pues no cabe que otra persona no haga por el condenado. Este no hacer puede consistir:

1º. En la omisión de realizar una conducta, que, a su vez, pueden ser: a) Duradera o de tracto continuado, por atener a una indefinida duración en el tiempo, por ejemplo la prohibición de editar un libro, por la decisión del autor de mantenerla en secreto sin publicarla, b) Periódica o atinentes a la no realización de una actividad en varios momentos en el tiempo, por ejemplo el contrato de exclusiva de un cantante con una empresa durante una temporada, pudiendo cantar sólo en los conciertos organizados por la misma, y c) Instantánea, por referirse a un acto determinado, por ejemplo la prohibición de no proyectar una película en una sala determinada, a lo que se denomina *in non faciendo*.³¹⁹

2º. En una mera tolerancia de que otra persona realice una conducta, que puede ser también: a) de tracto sucesivo, por ejemplo permitir a un músico utilice una partitura particular, habiéndose declarado la falta de protección jurídica de determinada pieza musical; o, b) instantánea, permitiendo que el actor realice un único acto en el domicilio del ejecutado, el denominado *in patiendo*.³²⁰

³¹⁸ EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Bosch, Barcelona, 1990, pag. 23. Al respecto la AAP Asturias Secc. 5ª, 25 de julio 2002, La Ley, 1260000/2002.

³¹⁹ CATALÁ COMAS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...* op.cit., pags. 336 a 338; EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, *La configuración jurídica..* op.cit. pag. 39.

³²⁰ Díez-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996, pag. 250; EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, *La configuración jurídica..* op.cit. pag. 39; CATALÁ COMAS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer...* op.cit., pags. 336 a 338.

H.2.) Incumplimiento de las obligaciones de no hacer

Las obligaciones de no hacer son muy variadas, por lo tanto también lo son las maneras de incumplirlas:

H.2.1.) Cuando la obligación consiste en omitir una conducta de duración indefinida en el tiempo, la violación del mandato del título puede consistir en realizar un acto que suponga por sí mismo el incumplimiento total³²¹; por ejemplo cuando se condenó a no editar un libro y el condenado ha procedido a editarlo. En este supuesto, a instancia del ejecutante, el tribunal ordenará requerir al ejecutado para que:

1º. Deshaga lo mal hecho. En este caso dice la norma que se le intimará con la imposición de multas por cada mes que transcurra sin deshacerlo, pero lo cierto es que el sentido común exige que en este caso tenga que distinguirse:

a) Si el deshacer lo mal hecho es una actividad infungible, de modo que sólo lo puede deshacer el ejecutado, debe acudir al sistema de la multa coercitiva, pues no hay otra manera de terminar con este incumplimiento. Este presupuesto no puede dejar de ser excepcional.

b) Por el contrario, si el deshacer es una actividad fungible, como es lo normal, que puede realizar otra persona a cargo del ejecutado, el requerimiento será para que el ejecutado deshaga dentro de un plazo con el apercibimiento que de no destruir lo mal hecho lo hará un tercero a su cargo (destruir los libros editados). Carece de sentido que un hacer no personalísimo, como es en el fondo el deshacer, lleve a la multa coercitiva y no a la actividad de tercero. Si el deshacer lo tiene que efectuar un tercero puede tener que acudir también a medidas coactivas como la entrada en el domicilio del ejecutado.

2º. Se abstenga de volver a hacer, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial (art. 710.1 LEC),

³²¹ ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas...*, op.cit., pag. 360.

3º. Requerimiento con apercibimiento de imposición de multas coercitivas en cada caso en que se realice la conducta prohibida.

4º. Privación al ejecutado de los medios o instrumentos que, de un modo exclusivo o principal, sirven para la realización de las conductas infractoras.

5º. Indemnice los daños y perjuicios causados, siguiendo las normas del procedimiento (determinación del monto) establecido en los artículos 713 a 716 LEC.³²²

H.2.2.) El incumplimiento total puede que suponga la realización de algo que no puede deshacerse, y la ejecución entonces, que consistirá en el resarcimiento de daños y perjuicios, así lo establece el artículo 710.2 LEC. Sin embargo, debe distinguirse:

1º. Que el hacer ilícitamente sólo pueda efectuarse una vez, caso en el que, no pudiendo deshacerse lo mal hecho, se estará al resarcimiento de los daños y perjuicios.³²³ Por ejemplo cuando se prohibió la difusión de imágenes o informaciones y se hayan realizado, es imposible que pueda deshacerse.³²⁴

2º. Que el hacer ilícitamente pueda efectuarse varias veces, caso en el que, no pudiendo deshacer lo mal hecho, se estará al resarcimiento de los daños y perjuicios, además del requerimiento para que se abstenga de reiterar el quebrantamiento de la obligación de no hacer, con apercibimiento de incurrir en el delito de desobediencia a la autoridad judicial.

Cuando la obligación consiste en no fabricar un determinado artículo, puede que el condenado realice uno o varios actos de fabricación, por ejemplo la tirada de edición de un libro, o los ejemplares de un CD de música. La ejecución aquí difícilmente podrá consistir en deshacer lo hecho, porque los artículos estarán en el mercado y posiblemente vendidos, lo que supone que la ejecución habrá de limitarse al valor de lo vendido y al resarcimiento de perjuicios, pero además requiriendo al ejecutado para que se abstenga de hacer en el futuro con apercibimiento de incurrir en delito de

³²² ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas...*, op.cit., pag. 361. Al respecto, así resolvió el AAP Asturias 25/7/2002 (La Ley 288/2002).

³²³ En este sentido el AAP Córdoba 23/9/2002 (EDJ 2002/57768).

³²⁴ ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas...*, op.cit., pag. 365.

desobediencia a la autoridad judicial. No debe olvidarse que la realización del delito de desobediencia no exige que se actué en contra de la sentencia al menos dos veces, pues es perfectamente posible que se entienda que el hacer contra la sentencia una vez, sea sin más, desobediencia a la autoridad judicial.

CAPÍTULO II

LA TUTELA CAUTELAR

I.- TUTELA CAUTELAR Y MEDIDAS CAUTELARES

1.- Concepto y Denominación

El proceso tiene una dimensión temporal, puesto que es necesario llevar a cabo una serie de actos y etapas, que consumen una cantidad de tiempo considerable, prolongando el otorgamiento de la tutela que se solicita. Podría darse el caso, y en especial para los derechos de autor, que la resolución final del proceso no pueda ejecutarse en la realidad, puesto que el transcurso del tiempo podría modificar la situación en la que se encontraban las cosas, comparándolas con aquel momento en que se inició el proceso. Precisamente para evitar que las resoluciones judiciales se vuelvan inejecutables y dada la urgencia que reclama las propias características de los derechos de autor, es que existe la institución procesal de la tutela cautelar.

Lo ideal sería que el proceso fuera instantáneo, pero es un acto con una proyección temporal que requiere la sucesión de varias unidades de tiempo, es por ello que la tutela cautelar busca evitar los peligros inherentes a esta imperfección temporal del proceso, procurando garantizar ya desde la presentación de la demanda, e incluso en ocasiones antes de ésta, la efectividad futura del derecho afirmado en la demanda.³²⁵

Para entender a esta cautela como una forma de tutela, es necesario acudir a lo señalado por el tratadista CALAMANDREI, quien expresamente dice que: “...es preciso comenzar por entender en su justo sentido la enseñanza según la cual la actuación de la ley en el proceso puede asumir tres formas: cognición, conservación y ejecución. En esta división tripartita, que por toda exactitud pone en claro la existencia de una función

³²⁵ SERRÁ DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*, Industrial Gráficas M. Pareja – Montaña, 16, Barcelona, 1974, pags. 11 y 12.

cautelar `conservación` como una forma de tutela,...”³²⁶, quedando establecida la denominación utilizada en la presente investigación de: tutela cautelar. Esta tutela cautelar surge dentro del derecho procesal con la pretensión de conservar el objeto del litigio en su estado inicial durante la tramitación del proceso.

El término cautelar según el diccionario de la Real Academia Española, en su segunda acepción, significa “medidas o reglas para prevenir la consecución de determinado fin o precaver lo que pueda dificultarlo”³²⁷ Este enunciado define de forma genérica los elementos que integran estas medidas³²⁸ y que estudiaremos a lo largo de la presente investigación.

La tutela cautelar ha venido siendo considerada por el Tribunal Constitucional como parte integrante del derecho a la tutela judicial, reconocido en el art. 24.1 CE, así encontramos las siguientes sentencias: STC 14/1992 de 10 de febrero de 1992, STC 238/1992 de 17 de diciembre de 1992 y STC 218/1994 de 18 de julio de 1994.³²⁹ Asimismo el Tribunal dispone que la función jurisdiccional cautelar, tiene por finalidad garantizar el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, a que se refiere el art. 117.3 CE.³³⁰

La tutela cautelar, ha recibido muchos nombres a lo largo de los años, dependiendo del estudio doctrinario y de quien lo realizara, así se le ha denominado como: “providencias cautelares”, “medidas cautelares”, “proceso cautelar”, “prevención cautelar”, etc. Referido a esto debemos señalar que dentro de la tutela cautelar se pueden distinguir varias partes distintas, que si bien se encuentran íntimamente relacionadas, es necesaria la distinción para un estudio sistemático. Estas partes son: a)

³²⁶ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina, Buenos Aires, 1945, pag. 34. Asimismo la doctrina española clasifica la tutela en tres posibles fines: declaración, ejecución y cautelar, ALMAGRO NOSETE, José, GIMENO SEDRA, Vicente, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal*, T. I, vol. I, Tirant le blanch, Valencia, 1988.

³²⁷ Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, tomo I, 20.ª ed., Madrid, 1982.

³²⁸ CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Editorial Comares, Granada, 2007, pag. 4.

³²⁹ STC 14/1992 de 10 de febrero de 1992, rec. 1219/1988; STC 238/1992 de 17 de diciembre de 1992, rec. 1445/1987; STC 218/1994 de 18 de julio de 1994, rec. 2566/1991; AAP Baleares 3ª 4 setiembre 2002 (PROV 2003, 27840).

³³⁰ ALONSO SAURA, M.ª Pilar, “Clases de medidas cautelares. Criterios para su adopción, medidas cautelares sin audiencia previa del demandado”, *Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial XVIII – 2004, Medidas Cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo Mercantil*, director Andrés Montalbán Avilés, 2005, Madrid, pag. 22.

el procedimiento cautelar, que como su propio nombre señala, es el conjunto de etapas que deben seguirse para obtener la cautela necesaria, para la eficacia del proceso principal; b) las medidas cautelares, que son la expresión específica, contenida en la decisión judicial que otorga la cautela para el caso específico que se pretende cautelar; y finalmente c) La ejecución cautelar, que es el cumplimiento de la orden judicial establecida en la medida cautelar, comprendiendo todos los actos necesarios que se deben practicar en la realidad, modificando el mundo externo, siempre ciñéndose a lo ordenado en la decisión cautelar. En conclusión podemos afirmar que el *nomen iuris* que al mismo tiempo engloba y resume todos estos elementos es el de tutela cautelar.

El presente estudio si bien es cierto es específico respecto de las medidas cautelares especiales para la protección de los derechos de autor, abarca tanto un estudio introductorio de los derechos de autor y las pretensiones que se solicitan en el proceso principal, así como el estudio de la teoría cautelar general, presupuestos, características, elementos, procedimiento y ejecución, para finalmente estudiar específicamente las medidas cautelares previstas tanto en la Ley de propiedad intelectual como en la Ley de enjuiciamiento civil.

Las medidas bajo estudio tienen la denominación de cautelares, porque cumplen una función de protección, pueden tomarse como sinónimo de aseguradoras, además regulan provisionalmente una situación, para evitar los perjuicios que podría derivar la duración del proceso. Estas medidas cautelares son dependientes de una sentencia cuya “fructuosidad práctica”³³¹ se pretende asegurar. La denominación de cautelar es la más apropiada para indicar estas medidas, porque tienen como finalidad constituir un aseguramiento preventivo contra un peligro que amenaza un bien, o también por la urgencia de su adopción.³³² En conclusión podemos afirmar que las medidas cautelares son la institución procesal que sirve de instrumento al proceso principal, con el objeto de asegurar el cumplimiento de la decisión final a la cual arribe el órgano jurisdiccional y al mismo tiempo protege el derecho que se discute en el proceso.

³³¹ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...* op.cit., pag. 39; DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal*, Tomo III El proceso civil, 1ª ed. Editorial ABC, Bogotá, 1972, pag. 379.

³³² CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de Derecho Procesal Civil*, traducción española de la tercera edición italiana y prologo de José Casais y Santaló, T. I, Reus S.A.. Madrid, 1977, pag. 282; CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...* op.cit., pag. 48.

2.- Finalidad

La tutela cautelar tiene la finalidad importantísima y determinante de evitar que durante el transcurso del proceso se ocasione un daño. En el proceso es necesario llevar a cabo una serie de etapas procesales, que consumen una cantidad de tiempo considerable; durante este lapso, existe la posibilidad de que se modifique la situación existente mientras el proceso llegue a su fin. Por ello es necesario asegurar la situación existente al inicio del proceso, e incluso en determinados casos, asegurar la situación existente antes o durante el proceso, para que una vez terminado éste, se pueda ejecutar la decisión final en la realidad. En resumen, podemos afirmar que la misma duración del proceso puede ocasionar un daño, que precisamente se trata de conjurar mediante la tutela cautelar.

Las medidas cautelares en realidad no tienen como finalidad el actuar el derecho mismo, sino mas bien, la finalidad inmediata de asegurar la eficacia práctica de la resolución definitiva, siendo esta última la que sirve para actuar el derecho. Es decir que la tutela cautelar es, en relación con el derecho material una tutela mediata, más que a hacer justicia contribuye a asegurar la eficacia de la justicia, garantizando su ejecución.³³³ Pero aquí es necesario hacer una aclaración, puesto que si bien es cierto que las medidas cautelares cumplen la función de proteger la función jurisdiccional, en el sentido de que las decisiones finales puedan ser ejecutadas en la vida real, para los casos específicos y la solución de conflictos entre personas al momento de ejecutar el contenido de una sentencia, se está resguardando también el derecho del demandante vencedor, puesto que de nada serviría que su derecho haya sido reconocido en una resolución judicial, si en el mundo externo, este derecho no es reconocido mediante la ejecución de la sentencia; por lo tanto no se puede desligar la doble protección emanada de una tutela cautelar, puesto que garantiza tanto la función jurisdiccional, como el derecho concreto que se sometió a proceso.

Esta doble finalidad significa que no sólo se protege el interés privado de las partes, sino que además se garantiza la eficacia y seguridad de la actividad jurisdiccional, con el objeto de impedir que los particulares, en especial la parte

³³³ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...*op.cit., pag. 45.

demandada, pueda hacer ilusorios los mandatos judiciales. Mientras los órganos jurisdiccionales están abocados a su tarea de administrar justicia, existe siempre el peligro de que la situación de hecho que pretenden resolver, se altere de modo tal que la resolución final a la cual arriben, sea ineficaz e ilusoria, llegando ésta en consecuencia, cuando el daño es ya irremediable. Entonces es necesario recalcar categóricamente, que las medidas cautelares están destinadas, más que a hacer justicia, a dar tiempo a la justicia de cumplir eficazmente su obra. Puesto que su finalidad es asegurar el resultado práctico de la decisión final, para que la justicia no sea burlada haciéndola de imposible cumplimiento.³³⁴ En resumen, podemos afirmar que la doble finalidad de la tutela cautelar, comprende tanto una finalidad preventiva como asegurativa.³³⁵

2.1.- Finalidad Preventiva:

En principio, esta finalidad es preventiva, puesto que el órgano jurisdiccional prevé que el decurso del proceso podría originar algunos daños, si bien es cierto, al inicio sólo se vislumbran como riesgos, pero estos pueden desembocar en daños una vez concluya el proceso principal. Entonces la tutela cautelar busca prevenir estos daños, que el proceso jurisdiccional principal no es apto para eliminar, a causa de su duración y demora.³³⁶ La demora necesaria para que se resuelva en definitiva el proceso principal, puede considerarse en algunos casos como causante de ulterior daño, a esta demora se pretende convertirla en inocua con una medida cautelar específica para el caso concreto.³³⁷

2.2.- Finalidad Asegurativa:

La doble finalidad asimismo comprende una finalidad asegurativa, puesto que debemos tener presente que la finalidad de tutela cautelar se encuentra estrechamente

³³⁴ DI DORIO, Alfredo J., *Temas de Derecho Procesal*, Edit. De Palma, Bs. As. 1985, pags. 88 a 90.

³³⁵ BARONA VILAR, Silvia, *Medidas Cautelares en los procesos sobre propiedad industrial*, Editorial Comares, Granada, 1995, pag. 10. Véase también jurisprudencia: AAP Asturias 5ª, 22 de setiembre 1998 (AC 1998, 8796); STS 1ª, 22 enero 2000 (RJ 2000, 60); AAP Madrid 18ª, 5 de mayo 2000 (AC 2000, 1999); AAP Baleares 3ª, 4 septiembre 2002 (JUR 2003, 27840); AAP Madrid 13ª, 17 septiembre 2002 (JUR 2003, 49180); AAP Las Palmas 5ª, 10 octubre 2002 (JUR 2003, 80395); finalidad; AAP Madrid 10ª 24 de octubre 2002 (JUR 2003, 23818).

³³⁶ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Uteha, Bs. As. 1944, pag. 243.

³³⁷ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...op.cit.*, pag. 42.

ligada con la efectividad de la sentencia que se expedirá en el proceso principal. Una resolución judicial deviene inefectiva cuando no se ajusta lo en ella ordenado a lo realmente realizado, cuando no existe una coincidencia entre lo que ésta dispone y lo que se hace o se omite en la realidad. Puede equipararse efectividad a satisfacción, entendiendo por tal: “...no el reconocimiento de la pretensión solicitada en la demanda, sino la que se produce en un momento posterior y que tiene por resultado una total adecuación entre el contenido de la sentencia y lo que verdaderamente se ha recibido”³³⁸; como veremos más adelante, esta coincidencia es muy importante al momento de proteger los derechos de autor.

Ahora bien, esta doble finalidad se puede analizar desde el punto de vista de la función jurisdiccional. De acuerdo a lo dispuesto por los arts. 117.3 CE y de la LOPJ, se desprende que la función jurisdiccional comprende: a) el juzgar, y b) hacer ejecutar lo juzgado. Esto hace pensar que las dos manifestaciones de la jurisdicción son la declarativa (juzgar) y la ejecutiva (hacer ejecutar lo juzgado), por lo que la doctrina, cada vez más, habla de una tercera función, la cautelar, como manifestación de la jurisdicción. Como quiera que la función de juzgar y la de hacer ejecutar lo juzgado no son instantáneas en el tiempo, sino que necesitan un período más o menos largo para realizarse, tiempo que, por su mero transcurso o por actuación del demandado, pueden llegar a convertir en inútil la resolución que se dicte, es por lo que surge esta tercera función jurisdiccional, “llamada de cautela o seguridad, que se realiza a través del proceso cautelar, cuya finalidad es garantizar el cumplimiento de las otras dos funciones”³³⁹.

El artículo 721.1 de la LEC deja entrever que la finalidad de la tutela cautelar es el asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que se dictare; en concordancia con el artículo 726.1.1º LEC, el cual establece que el tribunal podrá acordar medidas cautelares, respecto de los bienes y derechos del demandado, cuando sea exclusivamente conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en una eventual sentencia

³³⁸ REBOLLO PUIG, Manuel, “Medidas provisionales en el procedimiento administrativo” *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía constitucional). Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez*, I, Civitas, Madrid, 1993, pag. 372. De la misma forma TERRÉ, F. Rapport de Synthese, en *L’effectivité des décisions de Justice*, pags. 9 y 10.

³³⁹ MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1993, pag. 481; BARONA VILAR, Silvia, *Medidas Cautelares en...op.cit.*, pag. 9.

estimatoria, de modo que no pueda verse impedida o dificultada por situaciones producidas durante la pendencia del proceso correspondiente. Por su parte el Código Procesal Civil peruano, establece expresamente que la finalidad de la tutela cautelar está destinada a asegurar el cumplimiento y lograr la eficacia de la decisión definitiva, según lo dispuesto por el artículos 608, concordado con el recientemente modificado artículo 611 CPC peruano³⁴⁰.

Esta finalidad también es subrayada por el Tribunal Constitucional, que señala que “...todas las medidas cautelares, responden... a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede... desprovisto de eficacia”³⁴¹.

En ocasiones, precisamente refiriéndonos a casos concretos de derechos de autor, no es suficiente la adecuación de la sentencia con lo realmente recibido, sino que es necesaria, la presencia de un elemento adicional, que es el tiempo. Señala RAMOS MÉNDEZ que “ciertos asuntos, una vez planteados ante los tribunales tardan tanto en resolverse que dan lugar a la desaparición pura y simple del objeto del proceso”³⁴². En estos casos, de una resolución dictada en momento oportuno puede hallarse la clave de su propia efectividad. Como veremos más adelante, hay casos especiales para la protección del derecho de autor que de no dictarse una medida cautelar oportuna, el proceso principal deja de tener sentido.

A su vez CALAMANDREI llega a distinguir y diferenciar la eficacia práctica de la sentencia en dos aspectos: 1) una eficacia considerada bajo un aspecto objetivo y directo, referida a la conservación de los bienes que deben subsistir para hacer fructuosa la ejecución forzosa, y 2) una eficacia desde el punto de vista subjetivo e indirecto, al ponerse en relación los efectos de la resolución principal con la situación personal del solicitante: simplemente la tardanza en el pronunciamiento de la sentencia, puede

³⁴⁰ Artículo 611 CPC peruano, modificado por Artículo Único del Decreto Legislativo N° 1069, publicado el 28 junio 2008, que señala lo siguiente: “El Juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dictará medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada,...”.

³⁴¹ STC 238/1992 y 218/1994.

³⁴² RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Justicia 1982*, “La eficacia del proceso”, pág. 106.

significar su ineffectividad.³⁴³ Especialmente nos interesa este segundo aspecto, puesto que para la protección de derechos de autor, es necesario tomar medidas especiales y oportunas, con la finalidad de evitar que se consume un daño, muchas veces irreparable ¿De qué le sirve a un autor que su derecho se encuentre inscrito en el Registro de Propiedad Intelectual, si otra persona publica la obra con el nombre de un falso “autor”?, ¿de qué sirve una sentencia conteniendo la orden que cesen los actos de impresión, grabación, o reproducción de una obra, si ésta es emitida una vez finalizado el proceso, cuando ya se infringió el derecho del autor?. En estos supuestos, independientemente del cumplimiento voluntario o forzoso de la decisión judicial, el simple retraso ocasiona la pérdida de efectividad.

Como sabemos en los procesos judiciales existen dos partes que son antagónicas, puesto que a través del Órgano Jurisdiccional, la parte demandante exige a la parte demandada, que haga algo, que deje de hacer una cosa, o que la deshaga, es decir el demandante busca subordinar la voluntad del demandado, incluso a veces coactivamente; con este hecho se evidencia claramente el conflicto existente entre ambas partes. En la práctica sólo en contadas ocasiones el demandado cumplirá voluntariamente lo que se le requiere, puesto que en la mayoría de los casos no sólo se abstendrá de realizarlo, sino que por el contrario realizará una serie de actos para no cumplir con el requerimiento que se le haga; es decir que el demandado voluntariamente modificará la situación en la que se encuentra para colocarse en una posición en la que no va a cumplir lo requerido. En consecuencia, al daño que puede ocasionar la duración del proceso, se añade la actividad que puede realizar la parte demandada, así CALDERÓN CUADRADO indica que para la aplicación correcta del derecho objetivo, reconocido en una sentencia, el proceso debe tener una duración inevitable, y es durante este transcurso del tiempo, que el demandado puede burlar total o parcialmente los derechos que le pudieran corresponder al actor; la tutela cautelar es el “remedio procesal que tiene por objeto evitar los fraudes del demandado, para que en definitiva, se consiga la efectividad de la resolución judicial, logrando su ejecución, puesta en peligro por la propia duración del proceso”.³⁴⁴

³⁴³ CALAMANDREI, Piero, *Introducción...op.cit.*, pág. 58.

³⁴⁴ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las Medidas Cautelares...op.cit.*, pag. 31.

No se puede permitir que mientras transcurre el proceso, y el actor obtenga la decisión correspondiente, el demandado con sus actos haga imposible la ejecución de la sentencia, puesto que ésta va tardar necesariamente en dictarse. Incluso podríamos llegar al absurdo de que “el mal menor que es el proceso, llevaría consigo en muchos casos la muerte del derecho subjetivo declarado y la indefensión de hecho más absoluta”.³⁴⁵

Esta falta de protección adecuada para los derechos de autor, se materializa cuando el demandado comercializa la obra con el nombre de un autor falso, o cuando consigue vender todos los ejemplares “piratas” que poseía de una obra, con lo cual se consumaría plenamente la infracción al derecho de autor, sin mencionar las ocasiones en que para evadir su responsabilidad oculta o destruye dichos ejemplares falsos.

Por su parte el actor se encuentra en la situación opuesta, puesto que su deseo es un rápido pronunciamiento de los órganos jurisdiccionales, y que muchas veces necesita con urgencia. Así “...nos encontramos en una época donde existe la necesidad de ganar tiempo al tiempo, de ir siempre más de prisa, esto se ha convertido en una norma de conducta para quien solicita una cautela.”³⁴⁶ Esta urgencia proviene del temor a que se consume la violación del derecho de autor, ocasionándose un daño muchas veces irreparable, el cual se pretende prevenir y evitar mediante la tutela cautelar.

La naturaleza especial de los derechos de autor hace de ellos fácilmente vulnerables. En este contexto podría considerárseles como derechos “débiles”. Fundamentalmente por dos órdenes de razones. La primera es el escaso control que el titular de estos derechos puede ejercer sobre los mismos para impedir su apropiación por terceros. Existe una gran diferencia con los derechos sobre las cosas corporales, puesto que el autor no puede ejercer un control efectivo o posesorio, para asegurar su monopolio; puesto que no puede guardarlos, encerrarlos, cercarlos, etc. Es decir que

³⁴⁵ GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974, pag. 391.

³⁴⁶ GUINCHARD, Serge, “Le temps dans la procédure civile”, *Annales de la faculté de droit de science politique*, Paris, 1983, pág. 54; PERROT, Roger, “Les mesures provisoires en procédure civile”, *Les mesures provisoires en droit français*, Milano, 1985, pág. 153; léase también a CARRASCO PERERA, Ángel, que señala que la función del: “art. 141 es el interés de que la sentencia de condena en el procedimiento principal no sea *inutiliter data*”; en Comentarios al art. 141 LPI, en Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (coord. Rodrigo Bércovitz Rodríguez-Cano) Tercera Edición, Tecnos, Madrid 2007, pag. 1706.

terceras personas tienen la posibilidad de una ilimitada concurrencia de actos de disfrute sobre la obra artística; todos ellos simultáneos y separados en el espacio. La segunda razón es la extrema susceptibilidad de “reproducción” de los resultados de un acto ilícito. Los actos ilícitos de explotación de una obra tienden a colmar el mercado con ejemplares denominados “piratas” (libros, discos, cintas etc.), disminuir las expectativas de ganancia, y, sobre todo, dispersar los objetos o resultados provenientes de la infracción. El mercado nunca se “satura” por la circulación ilimitada de, por ejemplo, una finca, que puede pasar indefinidamente de mano en mano sin verse afectada por el factor tiempo; pero el mercado de la cultura y la ciencia, donde dominan criterios de oportunidad o de simple gusto, el mercado saturado ya no es recuperable. Por último debemos señalar que, los derechos morales del autor difícilmente pueden ser reparados, con una sentencia de condena, aunque se encuentre protegida por una medida cautelar para futura ejecución forzada.³⁴⁷

3.- Fundamento Constitucional de las Medidas Cautelares

Los párrafos primero y segundo del artículo 24 CE responden a objetivos distintos y merecen ser diferenciados. La principal distinción entre uno y otro párrafo del artículo 24 CE se encuentra en su diversa función. La garantía constitucional de un proceso sin dilaciones indebidas atiende a una “razonable dimensión temporal del procedimiento necesario para resolver y ejecutar lo resuelto, pero no se refiere a la posibilidad de acceder a la jurisdicción, ni a la obtención práctica de una respuesta jurídica a las pretensiones formuladas”³⁴⁸. Las medidas cautelares, por su parte, tienden precisamente a garantizar de manera provisional que la resolución que se emita en tal proceso sea eficaz, y no tratan de evitar esas dilaciones indebidas. Dicho de otro modo, las medidas cautelares tratan de asegurar la efectividad de la resolución jurisdiccional, sin necesidad que existan o no dilaciones indebidas en la tramitación o ejecución del proceso, pues uno de los presupuestos para su adopción es el peligro de retraso por la duración (normal) del proceso, sin requerir la indebida dilación del mismo.³⁴⁹

³⁴⁷ CARRASCO PERERA, Ángel, Comentarios al art. 141 LPI...op.cit., pag. 1706

³⁴⁸ STC 324/1994, de 1 de diciembre, Fj. 2.º

³⁴⁹ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las Medidas Cautelares en...* op.cit., pags. 29 y 30.

Por tanto, el fundamento de las medidas cautelares es el derecho constitucionalmente reconocido a que la tutela judicial otorgada por los órganos jurisdiccionales en la resolución que pone fin al proceso sea efectiva.³⁵⁰ Esto es, puesto que el derecho a la tutela judicial debe poder asegurar el cumplimiento práctico de la resolución que en su día se dicte para cumplir así con la exigencia constitucional de ser una tutela eficaz, una concreción de lo argumentado conduce a declarar que el fundamento constitucional de las medidas cautelares no se debe centrar en el aspecto general del derecho a la tutela, sino específicamente en el derecho a la efectividad de la misma.³⁵¹

La fundamentación de la tutela cautelar sobre la base de la tutela judicial efectiva fue pie a que dicho fundamento se hiciera derivar indirectamente del derecho a que el fallo se cumpla en la realidad.³⁵²

³⁵⁰ En este sentido tenemos a los tratadistas: RAMOS MENDEZ, Francisco, “Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil”, *Justicia*, n.º I, 1985, págs. 75 a 90; GIMENO SENDRA, Vicente y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, “Las Medidas Cautelares en Materia Comercial”, en *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 1996, págs. 473 a 510; ORTELLS RAMOS, Manuel y CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La tutela judicial cautelar en el Derecho español*, ed. Comares, Granada, 1996, pag. 3; VAZQUEZ SOTELO, José Luis, “La configuración de las medidas cautelares en el anteproyecto de LEC”, en *Presente y Futuro del Proceso Civil* (coord. PICÓ y JUNOI, J.), ed. Bosch, Barcelona, 1998, pag. 679; DAMIÁN MORENO, Juan, “Las medidas cautelares”, en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Tomo II (Coords. V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMÍNGUEZ), ed. Tecnos, Madrid, 2000, págs. 147 a 172; Díez-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Derecho Procesal Civil*, op.cit.2000, págs. 379 y sgtes.

³⁵¹ CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías derivadas del art. 24.1 de la Constitución*, ed. Bosch, Barcelona, 1994, pag. 286.

³⁵² ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las Medidas Cautelares en...* op.cit. pag. 31. La jurisprudencia La STC 32/1982, de 7 de junio, FJ. 2.º, estableció que “el derecho a la tutela efectiva (...) exige también que el fallo judicial se cumpla y que el recurrente sea repuesto en su derecho y compensado, si hubiera lugar a ello, por el daño sufrido”. Así RAMOS MENDEZ, Francisco, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* (Coord. V. CORTÉS DOMÍNGUEZ), ed. Tecnos, Madrid, 1985, págs. 689 y sgtes.; fundamentó la efectividad futura de la sentencia en la relación existente entre el artículo 118 CE y el artículo 18.2 LOPJ., que se contiene en el derecho a la tutela judicial del artículo 24.1 CE. No obstante, el Tribunal Constitucional ha establecido de forma expresa y directa el fundamento de la tutela cautelar dentro del derecho de acción del artículo 24.1 CE, señalando, de una parte, que: “la tutelar judicial ha de ser, por imperativo constitucional, “efectiva”, y la medida en que lo sea o no ha de hallarse en la suficiencia de las potestades atribuidas por ley a los órganos del poder judicial para, efectivamente, salvaguardar los intereses o derecho cuya protección se demanda” (STC 238/1992, de 17 de diciembre), y más concretamente en la STC 14/1992, de 10 de febrero, al declarar que “la tutela judicial efectiva no es tal sin medidas cautelares que aseguren el efectivo cumplimiento de la futura resolución definitiva que recaiga en el proceso”.

4.- Autonomía de la tutela cautelar

La doctrina ha admitido mayoritariamente la instrumentalidad como la nota característica por excelencia de las medidas cautelares³⁵³, pues las medidas cautelares se configuran como un instrumento para garantizar la efectividad de la tutela judicial que se otorgue finalmente en la sentencia dictada en el proceso principal, así lo disponen los artículos 721.1 y 726.1.1º LEC.

Una importante cuestión surgida a raíz del reconocimiento del fundamento constitucional de la tutela cautelar es discernir si dicha tutela puede ser considerada o no como una tutela autónoma, independiente de las tradicionales tutelas declarativa y ejecutiva y equiparable a ellas, y si dicha autonomía permite la afirmación o no de la existencia de un proceso cautelar autónomo.³⁵⁴ Se ha debatido acerca de cuál es el contenido de la potestad jurisdiccional proclamada en el artículo 117.3 CE, y si tal potestad se concreta únicamente en las tradicionales “declarativa” y “ejecutiva”, o si, por el contrario, es posible predicar la existencia de una tercera subpotestad jurisdiccional o *tertium genus*: la cautelar.

En un sentido lato, cabría defender la existencia de una única clase de tutela a dispensar por parte de los órganos jurisdiccionales: la tutela judicial efectiva, para cuya consecución surgirían múltiples modos de lograr tal objetivo, como por ejemplo, una tutela declarativa que reconociese el derecho o interés pretendido, una tutela sumaria que lo declarase de forma limitada, una tutela cautelar que lo garantizara interinamente y una tutela ejecutiva que lo impusiera coactivamente. Tal concepción unitaria de la

³⁵³ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...op.cit.*, pag. 39; ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las Medidas Cautelares en...* op.cit. pag. 31.

³⁵⁴ En España a favor de la autonomía cautelar: PIETRO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal*, vol. II, Pamplona, 1985, pag. 849; GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, 3ª ed., editorial Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1968, pags. 633 a 683; MONTERO AROCA, Juan y ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho jurisdiccional*, tomo I, Parte general, 1ª ed., editorial Bosch, Barcelona, 1987, pags. 365 y sgtes.; FAIRÉN GUILLÉN, Víctor, “La reforma del proceso cautelar español”, en *Temas del Ordenamiento procesal*, tomo II, editorial Tecnos, Madrid, 1969, pag. 907; ALONSO FURELOS, Juan Manuel, “Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar”, *Justicia*, n.º II, 1990, pags 339 a 403; BARONA VILAR, Silvia, *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 11.ª ed., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pags. 661 y sgtes. En contra SERRA DOMÍNGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco, “Teoría general...” op.cit. pags. 11 y sgtes.; ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2002, pag. 515; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pag. 466; GIMENO SENDRA, Vicente y MORENILLA ALLARD, Pablo, *Derecho Procesal Civil II. Los Procesos Especiales*, 1.ª ed., editorial Colex, Madrid, 2005, pag. 40.

tutela judicial se vería correspondida con la afirmación de que existe una única actividad jurisdiccional: el ejercicio de la potestad jurisdiccional por parte de los jueces y tribunales consistente en la aplicación del Derecho objetivo al caso concreto.³⁵⁵

Conforme a ello, cabría defender la autonomía de la tutela cautelar mediante una diferenciación finalista. Mientras que a través de la potestad declarativa se declara el Derecho objetivo al caso concreto, y mediante la potestad ejecutiva, ese Derecho declarado es ejecutado, la función de la tutela cautelar sería asegurar la efectividad del derecho declarado que posteriormente se ejecutará, con lo cual cumple una finalidad garantizadora del cumplimiento de las otras dos clases de tutela.³⁵⁶ Es decir, la diferencia funcional consiste, en palabras de CARNELUTTI, en que “mientras el proceso de cognición o el de ejecución sirven a la tutela del Derecho, el cautelar sirve a la tutela del proceso”.³⁵⁷

5.- Tipo de pretensiones protegidas mediante tutela cautelar

Las pretensiones constituyen el objeto de un proceso, cuya existencia comprobaremos en la sentencia. Existen varios tipos de pretensiones, así tenemos pretensiones declarativas y de condena. Para la protección de los derechos de autor, el demandante puede acumular las pretensiones: a) de condena, cuando se solicita una indemnización de daños y perjuicios, así también cuando se formaliza el pedido de cese, paralización, o restauración de la explotación de un derecho de autor, al ser una pretensión de condena de “no hacer”; y b) meramente declarativas, cuando se impugna la resolución que denegó la inscripción en el Registro de propiedad intelectual; o cuando existe una pugna entre dos partes respecto a la titularidad del derecho.

Ahora bien la tutela cautelar, puede proteger cualquiera de estas pretensiones, acumuladas o por separado, con esto queremos dejar muy en claro que en la actualidad

³⁵⁵ GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del Derecho Procesal*, editorial Civitas, Madrid, 1981, pags. 122 y sgtes, recoge en su nota 482 la doctrina alemana más relevante que defiende la tesis unitaria sobre la finalidad de la Jurisdicción; ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las Medidas Cautelares en...* op.cit. pags. 32 y 33.

³⁵⁶ GUASP, Jaime, *Derecho Procesal Civil*, tomo II, op.cit. pag. 683, define el proceso cautelar como “aquel que tiene por objeto facilitar otro proceso principal garantizando la eficacia de sus resultados”.

³⁵⁷ CARNELUTTI, Francesco, *Instituciones del proceso ...* op.cit., pag 44.

la legislación, la doctrina y la jurisprudencia reconocen esta múltiple protección, dejando atrás las teorías antiguas y obsoletas, que erróneamente consideraban que la única pretensión que se protegía era la de condena; este error surgió en aquel entonces por defender la tesis de equivalencia entre asegurar la efectividad y asegurar la ejecución, con lo cual era imposible extender el ámbito del precepto a otro tipo de sentencia que no sea de condena.³⁵⁸ Como decíamos, esta tesis ha sido superada puesto que la duración del proceso, para los casos de pretensiones meramente declarativas también es susceptible de producir perjuicios, en muchos casos irreparables. Estas pretensiones se dirigen a declarar existente o inexistente una cierta relación jurídica, pudiendo ser puestas en peligro con el desenvolvimiento de conductas que den lugar a confusiones sobre la legitimidad o ilegitimidad del derecho pretendido, en el sentido de entender que son pretensiones fundadas.³⁵⁹

En conclusión podemos señalar que en la actualidad la finalidad de las medidas cautelares no puede ser otra que asegurar la efectividad, es decir el cumplimiento pleno y exacto de la sentencia futura, no importando que esta sentencia resuelva pretensiones declarativas y/o las de condena.

6.- Presupuestos de la tutela cautelar

Para que la tutela cautelar, sea tomada como tal, debe cumplir con dos presupuestos fundamentales, que no pueden faltar y que más bien deben concurrir para la existencia de la cautela, estos presupuestos son: a) La apariencia de buen derecho, o *fumus boni iuris*; b) El peligro en la demora o *periculum in mora*. Como podemos apreciar, los presupuestos mencionados mantienen y conservan un *nomen iuris* en latín, puesto que su existencia es muy antigua y reconocida en el derecho hace mucho tiempo atrás.³⁶⁰

³⁵⁸ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 125.

³⁵⁹ TOMMASEO, Ferruccio, *I provvedimenti d'urgenza*, Padova, 1983, pág. 256 y 263.

³⁶⁰ Jurisprudencia que señala expresamente los presupuestos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*: AAP Madrid 13ª 17 setiembre 2002 (JUR 2003, 49180); AAP Las Palmas 5ª 10 octubre 2002 (JUR 2003, 80395); AAP Madrid 10ª 24 de octubre 2002 (JUR 2003, 23818).

Existe cierta doctrina que incluye a la Caución como presupuesto de la tutela cautelar, pero en realidad, el juez para admitir una solicitud sólo analiza la concurrencia de los dos presupuestos anteriores y ante ellos procede a decretarla; lo que sucede es que la ejecución de la medida cautelar se encuentra condicionada a la previa constitución de una caución. Por tanto, se puede decir que más que un presupuesto de las medidas cautelares, la caución constituye un requisito para la traba efectiva de esta.³⁶¹

Es necesario indicar que existen ocasiones y supuestos especiales, en los cuales se puede prescindir de la caución, pero generalmente siempre deberá ser tomada como un requisito indispensable de la tutela cautelar; son casos excepcionales los que no requieren el ofrecimiento de caución, siempre y cuando así lo establezca la ley y lo disponga el juez que conoce la solicitud de cautela.

El artículo 728 de la LEC, establece los presupuestos de la tutela cautelar son: a) Peligro por la mora procesal, y b) Apariencia de buen derecho; y además incluye como requisito a la caución, pero como señalábamos anteriormente éste último es necesario para la ejecución de la medida que es una etapa posterior a la adopción de la cautela. Por otra parte, haciendo una comparación con el Código Procesal Civil peruano, éste establece en el artículo 611 que los presupuestos son dos: a) verosimilitud del derecho invocado, b) peligro en la demora del proceso; además el artículo 610 prescribe que es requisito indispensable de la solicitud, el ofrecimiento de una caución a la que se denomina “contracautela”. Es decir que en este caso, se hace una diferencia clara entre los presupuestos establecidos en el artículo 611 y los requisitos en el pedido de la tutela cautelar, que se encuentran determinados en el artículo 610 CPC peruano.

Entre la doctrina, CHIOVENDA estableció en su momento estos dos presupuestos, indicando que el juez al momento de resolver el pedido debía tener especial cuidado en la prudencia y apreciación del caso concreto, correspondiéndole establecer tanto el grado de peligro como el grado de verosimilitud del derecho.³⁶² Por su parte CALAMANDREI, denominó a los presupuestos como “condiciones de la acción cautelar”, señalando que para que se dicte la tutela cautelar se deben cumplir con

³⁶¹ DI DORIO, Alfredo J., *Temas de...op.cit.*, pags. 102 y 103.

³⁶² CHIOVENDA, Giuseppe, *Principios de derecho procesal...op.cit.*, pag. 286.

dos extremos: 1º apariencia de un derecho; 2º peligro de que este derecho aparente no sea satisfecho³⁶³. Podemos apreciar que las denominadas “condiciones” coinciden plenamente con los presupuestos que nosotros hemos señalado. Por su parte el tratadista DI DORIO señala que los presupuestos de la tutela cautelar son: la verosimilitud del derecho y el peligro en la demora³⁶⁴, coincidiendo nuevamente con los dos presupuestos antes expuestos.

Ahora procederemos a analizarlos por separado, con el objeto de conocerlos en profundidad, y así podremos reconocer estos presupuestos en cualquier tutela cautelar que esté referida a la protección de los derechos de autor, que es precisamente el tema de la presente investigación.

6.1. La apariencia de buen derecho o *fumus boni iuris*

Quien solicita tutela cautelar debe lograr la convicción del juez de la aparente existencia del derecho que constituye el fundamento de la pretensión en el proceso principal, es decir que debe acreditar y probar cuál es la situación jurídica cautelable que pretende proteger.³⁶⁵ Por su parte, el juez debe considerar si con los detalles de que dispone en ese momento, le daría la razón en la sentencia al solicitante de la medida cautelar. Y ello es ciertamente un juicio de apariencia, un juicio de primeras impresiones. El juez deberá juzgar estos casos según sus primeras impresiones sobre los elementos de convicción que se le presenten, porque en ese momento el enjuiciamiento debe ser rápido y deberá fiarse de esas primeras impresiones.³⁶⁶

Sería ilógico que este presupuesto significara el acreditar la titularidad del derecho, puesto que en muchas ocasiones es precisamente la titularidad la que se va a discutir en el proceso principal, pero entonces lo que se pide es sólo la apariencia de ese derecho, es decir acreditar ante el juez la concurrencia de una serie de indicios serios y firmes que llevan a la convicción de la posible pero clara existencia de ese derecho y que pertenece al actor.

³⁶³ CALAMANDREI, Piero, *Introducción...* op.cit., pag. 77.

³⁶⁴ DI DORIO, Alfredo J., *Temas...* op.cit., pag. 100.

³⁶⁵ ORTELLS RAMOS, Manuel y CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español*, Editorial Comares, Granada 1996, pag. 12.

³⁶⁶ NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie, aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Atelier, Barcelona, 2007, pags. 200 y 204.

Las medidas cautelares para cumplir con una función de prevención urgente, deben contentarse, en lugar de con la certeza, que solamente podría lograrse a través de pruebas fehacientes, con la apariencia del derecho, que es el resultado de una cognición mucho más expeditiva y superficial que la ordinaria (*summaria cognitio*). El resultado de esta cognición sumaria sobre la existencia del derecho tiene pues, en todos los casos, valor no de declaración de certeza sino de hipótesis: solamente cuando se dicte la sentencia en el proceso principal se podrá ver si la hipótesis corresponde a la realidad.³⁶⁷ Es por ello que este presupuesto se denomina sólo “aparencia” y no certeza, puesto que el juez sólo está convencido de la probable titularidad del derecho.

Los jueces no exigen la plena prueba del derecho, se contentan con la mera apariencia del derecho; es decir que no exige una plena prueba de realidad jurídica del derecho, sino simplemente manifestaciones externas. El solicitante debe generar una credibilidad en el juez; esto quiere decir que el juez que dicta una medida cautelar no juzga ni prejuzga sobre el mérito del mismo ni sobre el derecho del solicitante.³⁶⁸

Sin embargo existen tratadistas como FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, quienes afirman que es imposible que el juez no prejuzgue al momento de resolver una medida cautelar, puesto que al realizar una actividad tan difícil y delicada, cuando acuerda o deniega una medida cautelar, que es humanamente imposible realizarla sin “prejuzgar”, en poco o en mucho, de forma tolerable o intolerable. Y el problema se torna más grave cuanto más “grave” “restrictiva”, “anticipatoria” o “agresiva” es la medida cautelar solicitada. El único mecanismo corrector con el que cuenta el juez es la “prudencia judicial”. A él corresponde, con libertad de criterio, decidir sobre la existencia e intensidad del “buen aspecto inicial” del derecho del actor. Los jueces deben corresponder a esta confianza extremando la prudencia a la hora de adoptar medidas cautelares.³⁶⁹

³⁶⁷ CALAMANDREI, Piero, *Introducción...* op.cit., pag. 77.

³⁶⁸ COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal*, tomo III, Ed. Desalma, Bs. As. 1979, pag. 280.

³⁶⁹ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. El proceso ordinario de ejecución: el nuevo juicio ejecutivo; los demás procesos de ejecución especiales y las medidas cautelares*. Iurgium editores. Madrid, 2001, pag. 699.

Por su parte, DI DORIO denomina al requisito de *fumus boni iuris* como “verosimilitud del derecho”, que implica demostrar con algún medio probatorio el derecho invocado en contra del futuro demandado, esto significa la acreditación de un derecho verosímil.³⁷⁰

Debemos enfatizar que en el estudio que realiza el juez para otorgar la tutela cautelar, éste no arriba a una certeza del derecho discutido, sino simplemente llega a una aparente existencia del derecho. Pero CARNELUTTI, realiza otra apreciación en cuanto a la certeza, da otra connotación totalmente distinta a la palabra “certeza”, dado que él afirma que juez sí declara una certeza, puesto que debe decidir y para decidir debe escoger entre otorgar o no la medida cautelar, y continúa sosteniendo, que el juez llega a una certeza sólo de hechos, en orden a los cuales es necesario o cuando menos oportuno que se inhíba, se elimine o se anticipe un cambio de situación existente entre las partes.³⁷¹ Entonces la certeza a la que se refiere CARNELUTTI, es la convicción con la cual otorga la tutela cautelar, es decir que compara certeza con convicción, y en base a ella es que expide la resolución concediendo la cautela solicitada; de esta forma considera que certeza es igual a convicción (certeza = convicción). Pero es necesario indicar que CARNELUTTI no afirma que el juez arribe a una certeza del derecho, lo cual sería contradictorio con toda la doctrina sobre la tutela cautelar.

Ahora bien, para acreditar la apariencia del derecho, el actor cuenta con todos los medios probatorios a su alcance, desde toda la prueba documental, además de ofrecer testigos o la declaración de éstos por escrito, y todas las demás; entendemos que dependiendo de la urgencia con la que se necesita la tutela cautelar, muchas veces en la práctica es imposible recopilar todas las pruebas que uno quisiera, pero se deberá presentar toda la que se pueda con el objeto de convencer al juez. Precisamente esta es la novedad de la LEC, puesto que modificó el tradicional “principio de prueba por escrito” sustituyéndolo por la aportación de datos o argumentos, que pueden acreditarse por cualquiera de los medios de prueba, antes señalados (testigos, peritos,

³⁷⁰ DI DORIO, Alfredo J., *Temas...op.cit.*, pags. 100 a 102.

³⁷¹ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema...op.cit.*, Vol. I, pag. 417.

reconocimiento judicial, etc.); pero resulta fácilmente reconocible la preferencia por las justificaciones documentales, art. 728.2.³⁷²

En caso de infracción a los derechos de autor, cuando se utiliza la obra sin el consentimiento de éste, ya sea en forma de publicación, reproducción, difusión, etc. el actor tiene que acompañar a su solicitud la inscripción registral que lo acredita como titular de la obra, de esa forma prueba su derecho fehacientemente. Aquí debemos hacer referencia al concepto de “principio de prueba”. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que es: “la aportación de algún elemento que sin servir para formar de una manera plena la convicción del Juez sobre la existencia de hechos normalmente constitutivos del derecho, induce a una creencia racional de su certeza, sin que por ello quede prejuzgada la cuestión del fondo del litigio”³⁷³. Es decir que el principio de prueba constituye una justificación que induce a la apariencia del derecho, creando una convicción judicial sólo de forma indiciaria. El actor aporta principio de prueba con el documento que lo acredita como titular registral de la obra, que para este caso no constituye el hecho controvertido principal. Esto también es aplicable para el caso de que la pretensión sea una indemnización de daños y perjuicios, debiendo el actor ofrecer principio de prueba acerca de la titularidad del derecho de autor.

Pero por otra parte, existe la posibilidad de que precisamente la titularidad del derecho de autor constituya la pretensión del proceso principal, por lo que el actor tiene la difícil tarea de presentar todos los medios probatorios que tenga a su alcance para acreditar que él es el verdadero autor de la obra, en lugar de quien la registró, para ello podría presentar una protocolización notarial, con fecha anterior a la inscripción impugnada. Por su parte, quien tiene inscrito el derecho de autor cuenta con el principio de prueba a su favor, al aportar al proceso la inscripción registral que lo acredita como titular de la obra. Este punto lo analizaremos en profundidad más adelante en nuestra investigación.

³⁷² FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...* op.cit., pág. 698.

³⁷³ BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, *El Principio de Prueba en el Proceso Civil español*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1989, pag. 22; GUASP DELGADO, Jaime, *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, M. Aguilar, Madrid, 1948, pag. 344; confirmado por jurisprudencia en la STS de 3 de febrero de 1970 (ARANZ, Nro. 530) y STS de 29 de noviembre de 1975 (ARANZ, Nro. 4 316).

Para el caso específico de la protección de los derechos de autor, el hecho de aportar toda la prueba desde el inicio, no significa destapar antes de tiempo la estrategia procesal. Como venimos señalando se deben presentar sólo medios de prueba idóneos que hagan creíble el derecho, pero no es necesario presentar un “título” que acredite la titularidad del derecho, valga la redundancia. Por su parte GUTIERREZ DE CABIEDES antiguamente defendía la inexcusable exigencia del título, y que debería ser acompañado a la solicitud de tutela cautelar, pero luego cambió de parecer al sostener que este requisito no debía ser muy rígido, afirmando expresamente que: “Este tema debe estar regido por una saludable flexibilidad judicial en la que imponiéndose al juez la necesidad de título para la adopción de medida sea él quien valore si el título aporta una apariencia de prueba suficiente o *semi plena probatio*.”³⁷⁴ Para la defensa de los derechos de autor, en la mayoría de los casos es muy sencillo presentar el título que acredita fehacientemente la titularidad del derecho, simplemente presentado junto con la solicitud la inscripción en el Registro de Propiedad Intelectual.

El artículo 728.2 LEC señala respecto a la apariencia de buen derecho, que quien solicita tutela cautelar deberá cumplir con la obligación de presentar datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, el juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión. En la práctica la jurisprudencia también afirma que es el solicitante quien debe afrontar la carga de probar la buen apariencia de su derecho: Auto AP Madrid de 8 de febrero de 2006 (JUR 2006, 128383)³⁷⁵. En defecto de justificación documental, el solicitante podrá ofrecer otros medios de prueba.

6.2. Peligro en la demora o *periculum in mora*

El peligro en la demora, al ser un presupuesto, es considerado una condición previa para la adopción de la tutela cautelar. Debemos entender que comprende dos

³⁷⁴ GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios...op.cit.*, pag. 392.

³⁷⁵ En el mismo sentido: SAP Baleares 5ª 19 setiembre 2002 (JUR 2002, 275757); AJPI Barcelona 31º 8 junio 2001 (AC 2001, 2332); AAP Madrid 14ª 24 setiembre 2001 (JUR 2002, 9293); AAP Girona 2ª 29 de noviembre 2001 (AC 2002, 131); AAP Córdoba 3ª 12 abril 2002 (AC 2002, 697); AAP Barcelona 14ª 27 setiembre 2002 (JUR 2003, 22318); AAP Asturias 4ª 8 de octubre 2002 (AC 2002, 2209); AAP Granada 4ª 14 octubre 2002 (AC 2002, 2328); AAP Granada 4ª 29 octubre 2002 (AC 2002, 1832); SAP Murcia 2ª 9 noviembre 2002 (AC 2003, 521); AAP Valencia 6ª 19 noviembre 2002 (JUR 2003, 31594); AAP Asturias 7ª 30 noviembre 2002 (JUR 2003, 106667); AAP Granada 4ª 17 diciembre 2002 (JUR 2003, 82556); AAP Córdoba 2ª 27 enero 2003 (JUR 2003, 45252); AAP Valladolid 3ª 28 enero 2003 (JUR 2003, 55453); AAP Valencia 7ª 12 marzo 2003 (AC 2003, 1309).

puntos importantes, el primero es el peligro de que se consume un daño a la parte actora, y el segundo es que la demora proviene del transcurso del tiempo necesario para dictar la resolución final en el proceso principal. Por lo tanto el peligro en la demora se encuentra relacionado con la finalidad que cumple la tutela cautelar, finalidad que como señalamos antes, está en neutralizar el daño que podría derivar del transcurso del tiempo necesario para que se dicte la resolución principal; entonces el problema que el juez debe plantearse en sede cautelar, es ver si el peligro que corre el derecho reclamado sería susceptible de agravarse e incluso de transformarse en irreparable, cuando se debe esperar hasta la emanación de la decisión principal.³⁷⁶ El *fumus boni iuris* comprende todos aquellos riesgos que pueden amenazar la efectividad de la sentencia del proceso principal, ocasionada por la demora en emitirla, y que la cautela pretende conjurar.³⁷⁷

Sin peligro en la demora no puede otorgarse tutela cautelar. Esta es una parte integrante e intrínseca de la tutela, debemos tener presente que si tal peligro no existe no se justifica una cautela. Este temor del daño inminente es el interés jurídico que justifica la adopción de la medida, interés que reviste el carácter de “actual” al momento de la petición.³⁷⁸ La inminencia y actualidad del daño deben entenderse en el sentido que si no se adopta la tutela cautelar, el daño se consumará sin más remedio.

Para establecer la inminencia de un daño, hay que determinar si el peligro es cierto y real. El juez debe realizar la tarea mental que CALAMANDREI denominó “cognición cautelar”, cuyo objeto, es establecer la certeza de la existencia del temor que se consume un daño jurídico, es decir que el juez se encuentre seguro de la existencia de un estado objetivo de peligro que haga aparecer como inminente la realización del daño derivable de la no satisfacción de un derecho.³⁷⁹

Además, para CALAMANDREI, un requisito fundamental que debe existir en toda solicitud de tutela cautelar, es el interés específico, este interés proviene siempre de la inminencia de un peligro de daño jurídico, que surge de la pendencia del proceso, a la espera de una resolución judicial definitiva, que ponga fin al conflicto.³⁸⁰

³⁷⁶ CALAMANDREI, Piero, *Introducción...op.cit.*, pag. 82.

³⁷⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel y CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La Tutela...op.cit.*, pag. 14.

³⁷⁸ DI DORIO, Alfredo J. *Temas...op.cit.*, pag. 102.

³⁷⁹ CALAMANDREI, Piero, *Introducción...op.cit.*, pag. 76 y 77.

³⁸⁰ CALAMANDREI, Piero, *Introducción...op.cit.*, pag. 40.

El artículo 728.1 LEC establece que el peligro en la demora debe ser acreditado por quien solicita la tutela cautelar. El actor deberá justificar para el caso de que se trate, que 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.

Asimismo la jurisprudencia también define el *periculum in mora*, así la AP de Barcelona entiende que: "... (el) *periculum in mora* que puede ser entendido como peligro de que con el transcurso del tiempo se dificulte la ejecución de la sentencia o de grave daño por el retraso en la ejecución... en el presente caso nos hallamos ante un supuesto en que el transcurso del tiempo no dificultará la ejecución de la sentencia que hay de dictarse, pero, en cambio, se seguiría grave daño del retraso en su ejecución, puesto que, de no adoptarse ahora medida alguna que impida la continuación de la comunicación pública no autorizada (lo que nosotros aludíamos como prolongada situación de insatisfacción derivada de la continuación en la actividad verosímelmente ilícita) se permitiría que por medio de una actuación que *prima facie* aparece como antijurídica se siguiera vulnerando el derecho moral del autor hasta tanto recaiga sentencia firme, lesión no susceptible de reparación por más que llegara a abonarse la contraprestación patrimonial correspondiente."³⁸¹.

Este riesgo en la tardanza también lo establece el TC cuando señala: "... aunque el incidente cautelar entraña un juicio de cognición limitada en el que el órgano judicial no debe pronunciarse sobre las cuestiones que corresponde resolver en el proceso principal, sí ha de verificar la concurrencia de un peligro de daño jurídico para el derecho cuya protección se impetra derivado de la pendencia del proceso, del retraso en la emisión del fallo definitivo (*periculum in mora*)..." (STC 148/1993 de 29 de abril).

Como regla, las actuaciones o los "peligros" anteriores a la presentación de la

³⁸¹ AAP Barcelona 24 de mayo 1990 (RJC 1990 IV, p. 1023). En el mismo sentido: AAP Córdoba 3ª 12 abril 2002 (AC 2002, 697); AJPI Barcelona 31º 8 junio 2001 (AC 2001, 2332); ATS 1ª 3 mayo 2002 (RJ 2002, 7788); AAP Valladolid 3ª 28 junio 2002 (AC 2002, 1198); AAP Asturias 4ª 8 octubre 2002 (AC 2002, 2209); AAP Baleares 4ª 9 octubre 2002 (JUR 2003, 102294); AAP Granada 4ª 14 octubre 2002 (AC 2002, 2328); AAP Granada 4ª 29 octubre 2002 (AC 2002, 1832); AAP Asturias 4ª 12 noviembre 2002 (JUR 2003, 91360); AAP Valencia 6ª 19 noviembre 2002 (JUR 2003, 31594); AAP Granada 4ª 17 diciembre 2002 (JUR 2003, 82556); AAP La Rioja 30 diciembre 2002 (AC 2003, 465); AAP Valencia 9ª 15 enero 2003 (JUR 2003, 75475); AAP Córdoba 2ª 27 enero 2003 (JUR 2003, 45252); AAP Valladolid 3ª 28 de enero 2003 (JUR 2003, 55453); AAP Valencia 7ª 12 marzo 2003 (AC 2003, 1309).

demanda, o los que no estén relacionados con la existencia misma del proceso de declaración no son *periculum in mora*. Aún así el art. 728 1 párrafo 2º permite acordar medidas cautelares cuando el *periculum in mora* no procede propiamente de la existencia del proceso, sino de una situación anterior. Este artículo señala que: “no se acordarán medidas cautelares cuando con ellas se pretenda alterar situaciones de hecho consentidas por el solicitante durante largo tiempo, salvo que éste justifique cumplidamente las razones por las cuales dichas medidas no se han solicitado hasta entonces”. El precepto no es de fácil interpretación. De un lado – aunque lo proponga como excepción a la regla- acaba admitiendo la posibilidad de que las medidas cautelares no sirvan para hacer posible una ejecución futura, sino para “remover” una situación actual. Y de otro lado porque no es fácil precisar cuándo una situación de hecho ha sido consentida durante “largo tiempo”. ¿Qué es largo tiempo? Largo tiempo es una semana si se consiente la intromisión de un tercero en el portal de Internet de quien pide la medida cautelar. Pero una semana (ni un mes, ni siquiera un año) no es “largo tiempo” que impida pedir medidas cautelares, por ejemplo frente a quien utiliza ilícitamente una patente ajena a quien, con actos discontinuos, lesione los derechos que concede la inscripción de una marca.³⁸² Así tenemos jurisprudencia en la que el juzgado rechazó la solicitud de medida cautelar e incluso reprochó al demandante no haber incoado la demanda hasta después de transcurridos más de tres meses y medio desde que tuvo conocimiento de la infracción, quedando acreditada la inexistencia de peligro en la demora.³⁸³

7.- Características de la tutela cautelar

En el estudio de la tutela cautelar, es necesario hacer una descripción de sus principales características, que la diferencian y distinguen del resto de instituciones procesales.

³⁸² FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...* op.cit., pags. 697 y 698.

³⁸³ Auto de la AP Madrid de 20 de abril 2005 (JUR 2005, 114263)

La doctrina ha llegado a establecer cuáles son las características con que debe contar toda medida cautelar para que sea considerada como tal³⁸⁴: a) Jurisdiccionalidad, b) Instrumentalidad, b) Provisionalidad, c) Variabilidad, d) Homogeneidad, y e) Proporcionalidad. Sin embargo, existen casos especiales, en que se aplicarán excepciones, siempre y cuando estén establecidas por la ley.

La LEC establece en el art. 726 las características de las medidas cautelares, señalando en primer lugar que es el tribunal el que podrá acordar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, cualquier actuación, directa o indirecta, característica que se refiere a la jurisdiccionalidad. Asimismo señala que las medidas cautelares tendrán carácter temporal, provisional, condicionado y susceptible de modificación y alzamiento previsto en esta Ley. Por su parte el Código Procesal Civil peruano establece en el artículo 612, que toda medida cautelar se caracteriza por ser provisoria, instrumental y variable.

Ahora procederemos a desarrollar cada una de ellas:

7.1. Jurisdiccionalidad

La potestad de dictar medidas cautelares es única, exclusiva y excluyentemente de los órganos jurisdiccionales, así lo establece el artículo 117.3 CE. Es decir que las medidas cautelares sólo podrán ser dictadas por los Juzgados y Tribunales, excluyendo a las demás autoridades. Si bien es cierto esta regla es general, toda norma tiene excepciones.

Esta potestad se reafirma con la jurisprudencia emanada del Tribunal Constitucional, afirmando que el derecho a que se adopten medidas cautelares debe entenderse incluido en el derecho a la “tutela efectiva” que ampara el art. 24.1 CE. Y expresamente señala lo siguiente: “... de este mismo derecho fundamental (el derecho a la tutela del art. 24. 1 CE) deriva la potestad jurisdiccional de adoptar medidas cautelares. La efectividad que se predica de la tutela judicial respecto de cualesquiera derechos o intereses legítimos reclama la posibilidad de acordar las adecuadas medidas

³⁸⁴ Al respecto: AAP Madrid 10ª 24 octubre 2002 (JUR 2003, 23818)

cautelares que aseguren la eficacia real del pronunciamiento futuro que recaiga en el proceso...”³⁸⁵; y en el mismo sentido: “...la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso.”³⁸⁶

La LEC establece que la total virtualidad de las medidas cautelares únicamente se alcanza cuando la decreta un Juez o un Tribunal, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional y en forma de auto motivado, art. 206.2 LEC. En este sentido, la regulación de la LEC no deja lugar a las dudas, tanto desde dos perspectivas: a) una perspectiva general, así el art. 61 confiere a los órganos judiciales del orden civil la competencia para conocer de todas las incidencias que se planteen a lo largo del proceso, entre las que, indiscutiblemente, cabe incluir a los incidentes cautelares. Esto evidencia que la adopción de las medidas cautelares compete funcionalmente al órgano que esté conociendo del asunto principal; b) una perspectiva particular, el propio Título VI, Libro III, LEC, se establece en repetidas ocasiones que son el Juez o Tribunal como sede competente para decretar una medida cautelar.³⁸⁷

La jurisdiccionalidad propia de las resoluciones cautelares se sustenta, además, en la necesidad de que su efectiva materialización en el proceso vaya precedida de un verdadero enjuiciamiento sobre los presupuestos que las condicionan, enjuiciamiento que se reconduce, a la existencia de los presupuestos del *fumus boni iuris* y del *periculum in mora*.³⁸⁸

Por su parte, la LPI se asienta en un principio de judicialización del proceso cautelar, es decir que todas las medidas cautelares establecidas en la ley deberán ser adoptadas por un órgano jurisdiccional. Esto es nuevo en el derecho español, que en un principio se prefería un régimen de protección cautelar gubernativa encomendada a Gobernadores y Alcaldes, y con facultades suspensivas, interventoras o de puro

³⁸⁵ STC 148/1993, de 23.Abril. Al respecto también leer a PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “La Tutela Cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil” en *Las Medidas Cautelares y los Recursos*, Director VALLS GOMBAU, José Francisco, Cuadernos de Derecho Judicial X-2000; Consejo General del Poder Judicial, Lerko Print, S.A., Madrid, 2000, pag. 45.

³⁸⁶ STC 14/92, de 10 Febrero.

³⁸⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José (Director) FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María, y CASERO LINARES, Luis, *Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2004, pag. 74.

³⁸⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en...* op.cit. pags. 74 y 75.

depósito del lucro de injerencia y precinto de los ejemplares fraudulentos. En aquél momento la RO de 23 de marzo de 1928 y la O. Circular de 22 de mayo de 1936 justificaron la necesidad de esta competencia de los límites impuestos por la Constitución. El artículo 141 LPI señala expresamente que es la autoridad judicial quien decretará las medidas cautelares necesarias para la protección urgente de los derechos de autor, por lo tanto no cabe duda respecto a la jurisdiccionalidad.

Según la opinión de CARRASCO PERERA, el sentido del artículo 141 de excluir la competencia gubernativa en la adopción de medidas cautelares, restringe injustificadamente los medios de defensa de los titulares de derechos reconocidos. Asimismo afirma que ningún sistema judicial puede en este sentido competir con la celeridad de un régimen gubernativo; y no puede contraargumentarse con la indefensión en que pudieran quedar los sujetos pasivos de estas medidas, siempre que la provisionalidad de la medida obligue al titular al planteamiento de la cuestión ante los Tribunales competentes, y siempre que la medida gubernativa no se convierta en una declaración de derechos.³⁸⁹

La jurisdiccionalidad es una característica de todas las medidas cautelares en general, y es precisamente este sentido el que adopta claramente la LPI en España, pero para el caso de los derechos de autor existen excepciones a la jurisdiccionalidad en las legislaciones de otros países, puesto que se a otorgado la facultad de adoptar medidas cautelares a entidades administrativas.

El conjunto de factores que justifican la atribución de competencias a la autoridad administrativa van más allá de la simple labor registral, puesto que la inscripción tiene un carácter meramente facultativo y no constitutivo de derechos, en este sentido su importancia es relativa. Las razones que fundamentan la ampliación de las facultades, son las siguientes:

a) La importancia cultural y económica que tienen los derechos de autor y conexos, que incide directamente en el interés del Estado para la protección de los

³⁸⁹ CARRASCO PERERA, Ángel, Comentarios al art. 141 LPI, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Coordinador Rodrigo Bércovitz Rodríguez-Cano)* Tercera Edición, Tecnos, Madrid 2007, pag. 1708

numerosos colectivos involucrados. Esto debido al alcance económico que generan las creaciones artísticas, y todas las personas naturales y jurídicas que intervienen en este mercado, llámese producción discográfica, cinematográfica, editoriales, etc.

b) La inclusión de los derechos de autor, no sólo en instrumentos internacionales específicos, sino también en los acuerdos bilaterales y multilaterales de libre comercio y en directivas o decisiones comunitarias, lo que implica importantes compromisos para los países miembros, inclusive la posibilidad de sanciones económicas y de diversa índole.

c) La necesaria vigilancia a que deben estar sometidas las entidades de gestión colectiva como administradoras de repertorios nacionales y extranjeros, de manera que en una gestión eficaz radica en buena medida el cumplimiento de las obligaciones internacionales contraídas por el Estado. La supervisión de las actividades que pueden dar lugar al goce o ejercicio de los derechos consagrados por la ley y la posibilidad de aplicar sanciones de orden administrativo, ya que de las infracciones de los usuarios de las obras, prestaciones, producciones y emisiones protegidas, surgen a su vez los incumplimientos por el Estado de los instrumentos internacionales de los cuales es miembro.³⁹⁰

De allí que sean muchas las legislaciones nacionales, como también normas internacionales como la Decisión 351 de la Comunidad Andina de Naciones, que contiene el Régimen Común sobre Derecho de Autor y Derechos Conexos, atribuyen a la oficina nacional competente en la materia y/o a otras autoridades administrativas, un conjunto de facultades dirigidas a la tutela de los derechos intelectuales, las cuales pueden tener un espectro amplio o reducido de acuerdo a cada ordenamiento nacional.³⁹¹

En el Perú las medidas cautelares pueden ser adoptadas por la autoridad administrativa, específicamente por la Oficina de derechos de autor del Instituto

³⁹⁰ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor...* op.cit. pag. 152.

³⁹¹ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor...* op.cit. pag. 153.

Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual (INDECOPI).³⁹² La justificación de que se otorgue la facultad cautelar a una entidad administrativa, la expuso claramente la Sala de Propiedad Intelectual del Tribunal del INDECOPI (Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual), reflexionado asimismo sobre las razones de conferir facultades vigilantes y sancionadoras: “A la autoridad Administrativa le corresponde no sólo tutelar los derechos de autor y, a través de ello, cautelar el acervo cultural del país, sino también difundir la importancia y el respeto de los derechos de autor para el progreso económico, tecnológico y cultural de nuestra sociedad.” Resolución No. 582-2002/TPI- INDECOPI.

En el mismo sentido, ante la demanda de inconstitucionalidad sobre la disposición reglamentaria que faculta a la Guardia Civil o Rural para impedir la celebración de espectáculos públicos donde se efectúen ejecuciones musicales sin contar con la autorización expedida por los titulares de derechos intelectuales o sus representantes, la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica señaló que: “El artículo impugnado lo que hace es desarrollar la potestad dada por disposición legal contenida en la Ley de Derechos de Autor y Derechos Conexos, a los miembros de las autoridades policiales citadas, a fin de impedir el uso desautorizado de las obras musicales, hasta tanto el empresario no cumpla con la obligación antes dicha...” Sentencia del 22-8-1995. Acción de Inconstitucionalidad No. 529-95.

Por otra parte, debemos señalar que en España, la Ley de Defensa de la Competencia otorga la facultad de dictar medidas cautelares a un organismo administrativo como es el Consejo de la Comisión Nacional de la Competencia, quien incluso puede hacerlo de oficio, siempre y cuando cuente con la propuesta o previo informe de la Dirección de Investigación, así lo establece el art. 54 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia. Como ya señalamos anteriormente, esta excepción a la jurisdiccionalidad de la tutela cautelar, se debe a la urgencia y el carácter especial de los derechos de propiedad industrial, que se pretende proteger. Como es evidente esta excepción se encuentra establecida por una ley especial que regula

³⁹² Ley sobre el Derecho de Autor, Decreto Legislativo N° 822, del 24 de abril de 1996: Artículo 169°.- La Oficina de Derechos de Autor tendrá las atribuciones siguientes: g) Dictar medidas preventivas o cautelares y sancionar de oficio o a solicitud de parte todas las infracciones o violaciones a la legislación nacional e internacional sobre el derecho de autor y conexos, pudiendo amonestar, multar, incautar o decomisar, disponer el cierre temporal o definitivo de los establecimientos.

derechos especiales. Sin embargo, debemos tener claro que en España, esto se aplica únicamente para la protección de la Propiedad Industrial, que es un derecho diferente a los Derechos de Autor, que son materia del presente estudio.

Continuando con este breve estudio comparado, podemos señalar que en el Reino Unido existen los *Tribunals*, que son una multitud de órganos administrativos especiales creados por las leyes en diferentes sectores como la sanidad, vivienda, impuestos, etc. cuyo objetivo es proporcionar una justicia más simple, rápida, barata y accesible que la proporcionada por los tribunales ordinarios y cuyas decisiones están sujetas a una eventual y ulterior revisión judicial denominada *Judicial Review*³⁹³.

Respecto a estos *Tribunals* británicos podríamos encontrar un paralelo en España en el Tribunal de Defensa de la Competencia³⁹⁴, puesto que estos órganos a pesar de ser administrativos tienen la facultad de dictar órdenes o prohibiciones, y asimismo adoptar medidas cautelares. Estas facultades fueron otorgadas a estos órganos en 1977, cuando se introdujo el proceso como *application for judicial review* por medio de la modificación de la *Order 53* de las reglas de la *Supreme Court*; en esas reglas se dispone que podrán solicitarse: a) una orden de *mandamus*, *prohibition* o *certiorari*, o b) un *injunction*, léase medida cautelar, que de acuerdo con la *Section 30* de la Ley, prohíba que una persona actúe en algún ámbito en el que no está autorizado.³⁹⁵

Ahora bien, respecto a los conflictos que se decidirán en los procedimientos arbitrales, la potestad de otorgar tutela cautelar es exclusiva del órgano jurisdiccional según se deriva de toda la articulación del Título VI y en especial de los arts. 722 y 724 LEC³⁹⁶, esto concordado con el art. 50.1 de la Ley 36/1988 de 5 de diciembre, Ley de arbitraje. Asimismo la LOPJ en su art. 22.5 LOPJ podría valorarse como norma

³⁹³ DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, *Judicial Review y Justicia Cautelar*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997, pag. 69; WADE, H. William R., y FORSYTH, Cristopher F., *Administrative Law*, Clarendon Press, 7ª ed., Oxford, 1994, pags. 904 a 963; CRAIG, Paul P., *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 3ª ed. Londres, 1994 pags. 142 a 178; SÁNCHEZ LÓPEZ, José, “La posición constitucional de la Administración inglesa”, en *Política y Sociedad. Estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol*, Centro de Estudios Constitucionales, I, Madrid, 1987, pags. 437 a 460

³⁹⁴ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “De la arbitrariedad de la Administración”, *Civitas*, Madrid, 1994, pag. 202; BELL, J., “Que représente la souveraineté pour un Britannique?”, *Pouvoirs*, núm. 67, noviembre 1993, pags. 107 a 116.

³⁹⁵ DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, *Judicial Review y...op.cit.*, pags. 73 y 74.

³⁹⁶ POCH SERRATS, Juan “Las medidas cautelares en la Ley del Arbitraje”, en *Medidas cautelares por razón de la materia*, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, 1997, XVII, pags. 244 y 245.

específica atributiva de adopción de las medidas cautelares a los órganos jurisdiccionales, al proclamar que serán competentes los tribunales españoles: “cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas y bienes que se hallen en territorio español y deben cumplirse en España”. Similar posición jurisdiccionalista encontramos en el art. VI, 4 del Convenio europeo sobre arbitraje comercial internacional, Ginebra 21 de abril de 1961 (BOE 4.10.1975) el cual señala expresamente que: “si alguna de las partes solicitase medidas provisionales o preventivas de conservación o seguridad ante una autoridad judicial, no deberá ello estimarse como incompatible con el acuerdo o compromiso arbitral ni como un sometimiento del asunto al tribunal judicial para que éste resuelva en cuanto al fondo”.

Pero como venimos señalando respecto a las excepciones a la jurisdiccionalidad en casos especiales, en los procedimientos arbitrales también encontramos tiene una excepción, establecida por el art. 26 del Reglamento de Arbitraje de la comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, aprobado mediante Resolución de la Asamblea General de 15 de diciembre de 1976, por el que se faculta, al tribunal arbitral para adoptar, a petición de cualquiera de las partes, las medidas provisionales que considere necesarias respecto del objeto del litigio, inclusive medidas destinadas a la conservación de los bienes perseguidos por la pretensión material y aún ordenar que los bienes se depositen en manos de un tercero o que se enajenen los percederos.³⁹⁷

7.2. Instrumentalidad

Esta es la característica más importante de la tutela cautelar, puesto que determina la naturaleza cautelar de la misma y además se encuentra relacionada con su finalidad, objeto y función.

Como su propio nombre lo indica, la tutela cautelar es un instrumento del proceso judicial, puesto que está preordenada a la decisión que se dictará finalmente, a pesar de que la tutela cautelar cuenta con un carácter estructural, científica y

³⁹⁷ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “La Tutela Cautelar en la Ley de...”, op.cit. pags. 45 y 46.

legislativamente independiente, su finalidad es la eficacia de la resolución pendiente, normalmente una sentencia de condena, aún todavía no dictada.³⁹⁸

El carácter instrumental de la tutela cautelar está ordenada exclusivamente en función del posible cumplimiento de la sentencia que se dicte en un proceso, puesto que no puede existir de ninguna manera por sí misma, sino que debe estar ligada necesariamente a un proceso, sin la cual no tiene razón de ser. La tutela cautelar no tiene un fin en sí misma, sino que constituye un accesorio del proceso principal, del cual depende y a la vez asegura el cumplimiento de la sentencia que vaya a dictarse.³⁹⁹ Por eso se dice que las medidas cautelares son instrumentales, porque sólo tienen sentido en función, simultáneamente, de una ejecución futura y de un proceso de declaración ya comenzado o que ha de comenzar de inmediato.⁴⁰⁰

Esta relación de instrumentalidad, entre la cautela y el proceso principal, se dirige a garantizar la efectividad de la sentencia que, por la duración del proceso, puede llegar en un momento de imposible cumplimiento. Cuando a través de la tutela cautelar se produce la satisfacción provisional de la pretensión, tiene por objeto inmediato que la resolución que en su día se dicte, sea efectiva desde el momento en que debió dictarse.⁴⁰¹

La instrumentalidad determina que su emanación presuponga un cálculo preventivo de probabilidades acerca de cuál podrá ser el contenido de la futura decisión principal. Esto quiere decir que el requisito de la urgencia y del *periculum in mora* se valora tomando por base la hipótesis de que la decisión definitiva se dictará en sentido favorable a quien solicita la medida cautelar.⁴⁰²

³⁹⁸ GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios ...op.cit.*, pag. 389.

³⁹⁹ DI DORIO, Alfredo J. *Temas...op.cit.*, pags. 91 y 105. En este sentido jurisprudencia: SAP Santa Cruz de Tenerife 1ª 10 setiembre 2001 (JUR 2001, 313615).

⁴⁰⁰ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...op.cit.*, pag. 686.

⁴⁰¹ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...op.cit.*, pag. 39; ALONSO SAURA, M.ª Pilar, *Clases de medidas...op.cit.*, pag. 23; y VALLS GOMBÁU, José Francisco, *Medidas Cautelares por razón de la materia, Cuadernos de Derecho Judicial, Director: Miguel Ángel Fernández-Ballesteros López, "Medidas Cautelares en la Ley de Protección Intelectual"*, Mateu Cromo S.A. Madrid. 1997, pags. 182 y 183.

⁴⁰² CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...op.cit.*, pag. 74.

Para CALAMANDREI la característica más importante de las medidas cautelares es la instrumentalidad, puesto que recoge su función típica e inconfundible: anticipar, en todo o en parte, los efectos tanto decisorios como ejecutorios de la resolución definitiva del proceso principal, incluso muchas veces hace interinamente las veces de resolución final, mientras se espera la emanación de la misma.⁴⁰³ La tutela cautelar es sólo un instrumento del proceso principal, de lo contrario, si se atiende a la cualidad de sus efectos, podría cometerse el error de ser considerada como una providencia de cognición o de ejecución.

7.3. Provisionalidad

La importancia de la provisionalidad radica en que distingue claramente a la tutela cautelar de la tutela judicial principal, la primera tiene una duración limitada indeterminada, mientras que los efectos de la segunda son permanentes. Es decir se trata de la limitación de la duración de sus efectos, puesto que éstos son sólo temporales; esta provisionalidad da un carácter distintivo del resto de medidas jurisdiccionales, puesto que sus efectos están sometidos a un tiempo limitado, no determinado.

Es conveniente establecer claramente el concepto de provisionalidad, el mismo que coincide con interinidad, esto con el afán de diferenciarlo con el concepto de temporalidad, que es más restringido. Temporal es, lo que no dura siempre; independientemente de que sobrevenga o no otro evento, está sometido a un plazo determinado y por lo tanto tiene por sí mismo una duración limitada; en cambio, lo provisorio durará hasta tanto sobrevenga un evento sucesivo, en espera del cual el estado de provisionalidad subsiste durante el tiempo intermedio. Como señalábamos anteriormente es en este sentido que provisorio coincide con interino; ambos se refieren a lo que está destinado a durar solamente un tiempo intermedio que precede al evento esperado.⁴⁰⁴

DI DORIO señala que el carácter provisional de la tutela cautelar se refleja en el hecho de que ésta sólo subsistirá mientras duren las circunstancias que la determinaron.

⁴⁰³ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...op.cit.*, pag. 137 a 139.

⁴⁰⁴ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...op.cit.*, pag. 36.

En cualquier momento en que éstas cesaren se podrá requerir el levantamiento de la medida adoptada.⁴⁰⁵

Debemos ser enfáticos en el hecho de que la tutela cautelar no puede aspirar a convertirse ella misma en definitiva, sino que siempre estará supeditada al momento en que se expida la decisión final del proceso principal, a la llegada de la cual los efectos provisorios de la tutela cautela están destinados a caer totalmente, porque aun cuando la decisión principal reproduzca sustancialmente, y haga suyas las disposiciones de la cautela, funciona siempre como decisión *ex novo* del conflicto, y no como convalidación de la tutela cautelar adoptada.⁴⁰⁶

7.4. Variabilidad

Una medida cautelar puede ser modificada por el órgano jurisdiccional a pedido de parte y también de oficio, puesto que durante el transcurso del proceso las circunstancias que determinaron la adopción de la cautela puede cambiar radicalmente. Para que la tutela cautelar cumpla con la doble finalidad de asegurar el cumplimiento de la decisión final, y de dar protección al derecho discutido, es necesario que pueda modificarse, adecuándose a la nueva situación de hecho o de derecho que pueda surgir.

Toda tutela cautelar se halla sometida a una especie de condición *rebus sic stantibus*, es decir que se encuentra sometida a una posibilidad de modificación o variación. Esta modificación puede deberse a que se hayan modificado las condiciones con base en las cuales se dictó la tutela cautelar, cuando se haya probado y justificado que son erróneos los elementos de hecho invocados por el actor, o cuando se haya puesto en evidencia la falsedad de los motivos en que se fundó la petición de la cautela. Una vez el juez haya comprobado cualquiera de estas situaciones, se encuentra en el deber de dejarla sin efecto.⁴⁰⁷

⁴⁰⁵ DI DORIO, Alfredo J., *Temas...*op.cit., pag. 105. Véase también la jurisprudencia: STS 1ª 22 enero 2000 (RJ 2000, 60); AAP Málaga 6ª 31 diciembre 2002 (JUR 2003, 65364).

⁴⁰⁶ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...*op.cit., pag. 60; ALONSO SAURA, M.ª Pilar, *Clases de medidas...*op.cit., pag. 24; VALLS GOMBÁU, José Francisco, *Medidas cautelares...*op.cit., pags. 184.

⁴⁰⁷ COUTURE, Eduardo J., *Estudios de...*op.cit., Tomo III, pag. 282; ALONSO SAURA, M.ª Pilar, *Clases de medidas...*op.cit., pag. 25.

La posibilidad de modificar la tutela cautelar, en sentido práctico, puede significar tanto aumentarla como disminuirla, o en casos especiales adaptarla a nuevas necesidades según las exigencias del derecho, e incluso también eliminarla y adoptar otra en su lugar, todo esto se encuentra íntimamente relacionado con la naturaleza temporal y perfectiva de muchos derechos.⁴⁰⁸

Esta variación de la tutela cautelar puede solicitarse en caso de que la actual cautela ejecutada, ya no cumple adecuadamente la función de garantía a que está destinada; ello puede deberse no sólo a que de los hechos se evidencie que la medida no es la adecuada al resultado perseguido, sino también cuando el demandado realice actos que pueden desvirtuar la medida, es decir que la actividad del afectado continua en la realidad y es necesario tomar las medidas necesarias para conjurar este nuevo peligro.⁴⁰⁹

El artículo 726. 1. 2ª LEC establece como característica de la Tutela cautelar, el ser susceptible de modificación, por lo tanto se reconoce que es variable. Por su parte el artículo 617 del Código Procesal Civil peruano establece que a pedido del titular de la medida y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, sea modificando su forma, variando los bienes sobre los que recae, el monto, etc. recogiendo de esta forma la variabilidad como característica de la tutela cautelar.

La variabilidad de las medidas cautelares para la protección de los derechos de autor, podemos apreciarla claramente en el AAP de Madrid de 26 de junio de 2000, mediante la cual se modificó una medida cautelar de suspensión actos de comunicación pública de obras musicales a través de aparatos de reproducción mecánica y por medio de ejecuciones en vivo (conciertos), es decir la suspensión provisional de la actividad de explotar obras musicales, (art. 141.2 LPI) además del precinto de los aparatos empleados en tales actos de comunicación; y en su lugar se decretó el depósito o consignación de ciertas cantidades de dinero, así como la intervención y el posterior depósito de otras tantas que se ingresarían mensualmente (art. 141.1º LPI). Con la ejecución de esta nueva medida se aseguraba también la efectividad de la sentencia del proceso principal. Sin embargo debemos señalar que uno de los fundamentos de la Audiencia, para acceder a la variación de medida cautelar, fue el principio de

⁴⁰⁸ GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios...op.cit.*, pag. 394.

⁴⁰⁹ DI DORIO, Alfredo J. *Temas...op.cit.*, pag. 107.

proporcionalidad, puesto que la adopción de estas cautelas nuevas aseguraban la efectividad del futuro pronunciamiento jurisdiccional y sin embargo causaban un menor perjuicio al sujeto pasivo de las medidas. La proporcionalidad la estudiaremos con más profundidad más adelante en la presente investigación.

7.5. Homogeneidad

Sabemos que debe existir una coincidencia entre la solicitud de la medida cautelar y lo que se pretende en el proceso principal, es decir debe haber una “homogeneidad” entre ambas; en caso de no existir esta coincidencia, la medida cautelar decaería en ineficaz, pues no aseguraría la futura ejecución de la resolución definitiva.

Las medidas cautelares tienden a posibilitar que la sentencia que ponga fin al proceso principal, cuando en su día sea dictada, pueda ser llevada a cabo o tenga garantizada su efectividad, así lo establecen los arts. 721.1, 726.1. LEC. Por ello, resulta absolutamente imprescindible que estas medidas se asemejen a las medidas de índole ejecutiva que habrán de adoptarse entonces para proceder a la ejecución forzada de la parte dispositiva de la sentencia condenatoria firme que ponga fin al conflicto.⁴¹⁰

La presente característica de la homogeneidad, tampoco comporta que entre las medidas cautelares y las ejecutivas deba existir una absoluta identidad. Sin embargo en algunos casos nos encontramos con medidas cautelares que se revelan idénticas a las medidas a adoptar en el futuro proceso de ejecución; así por ejemplo, el embargo preventivo y el embargo ejecutivo, como lo demuestra el hecho de que la LEC se ocupe únicamente de la regulación de este último (art. 584 y sgtes. LEC), remitiendo la disciplina jurídica del primero a dicha regulación (art. 738.2 LEC).

⁴¹⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en...* op.cit., pag. 89. Al respecto el AAP Madrid 18ª 5 de mayo 2000 (AC 2000, 1999), dispuso lo siguiente: “*la adopción de la medida cautelar se pretende garantizar la efectividad o la utilidad o ambas cosas de las decisiones jurisdiccionales, de lo que se sigue que debe existir una clara correlación entre la solicitud y la súplica de la demanda, de modo y manera que de estimarse la acción la consecuencia sea precisamente aquella cuya eficacia se anticipó. Por lo tanto no puede en forma alguna desconectarse lo que se suplica como principal de aquello que cautelarmente se quiere proteger, en el bien entendido de que no es preciso que sea exactamente lo mismo pero sí que tenga igual finalidad cierta y no meramente similar o “proyectada” de modo reflejo*”. En el mismo sentido la jurisprudencia: AAP Madrid 11ª 15 de abril 2002 (JUR 2003, 46620); AAP Málaga 5ª 3 Octubre 2002 (JUR 2003, 70465).

Debe existir una nota de homogeneidad entre las medidas cautelares y las medidas ejecutivas, en caso de la inexistencia de esta característica, las cautelas adoptadas resultarían ineficaces, pues no asegurarían la futura ejecución de la sentencia, que es lo que se pretende con ella; pero si tal homogeneidad fuera tan absoluta que la medida cautelar llegara a identificarse con el derecho sustantivo cuya tutela se pide, se concluiría en el extremo opuesto, es decir, en la ejecución adelantada del derecho.⁴¹¹

Las medidas cautelares se asemejan mucho a un proceso principal, en el sentido de que requieren una serie de actos que debe realizar tanto la parte actora como el órgano jurisdiccional, así CARNELUTTI nos da un ejemplo claro al señalar que: “...en un secuestro conservativo o judicial exige, ante todo, un juez que lo conceda y, después, un oficial que lo ejecute”⁴¹²

7.6. Proporcionalidad

Es un complemento necesario de las otras características, que en realidad, no hace sino englobar todas las anteriores.

El principio de proporcionalidad impone que exista correspondencia entre el medio y la finalidad que persigue, es decir, que haya una adecuación entre la medida cautelar específica y la finalidad de proteger la efectividad de la sentencia. El carácter instrumental de la medida cautelar hace que únicamente deba de adoptarse aquella que resulte adecuada y proporcional para el fin que persigue, salvaguardando el pronunciamiento futuro. En definitiva, que lo resuelto pueda ser cumplido. Por tanto, la medida cautelar será proporcionada cuando se acomode al riesgo de ineffectividad de la sentencia que trata de prevenir. En este sentido, el TJCE⁴¹³ ha declarado que el principio de proporcionalidad es aplicable a las medidas cautelares nacionales que no deben ir

⁴¹¹ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en...* op.cit., pag. 90. En este sentido las resoluciones: APP Madrid 11ª 15 abril 2002 (JUR 2003, 46620); véase también el AAP Málaga 5ª 3 de octubre 2002 (JUR 2003, 70465).

⁴¹² CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de...* op.cit., pag. 244.

⁴¹³ STJCE 18 de diciembre 1997 (Garage Molenheide y otros): “El principio de proporcionalidad es aplicable a medidas nacionales, como las controvertidas en los litigios principales, adoptadas por un Estado miembro en el ejercicio de su competencia (...) en la medida en que, si fueran más allá de lo que es necesario para alcanzar su objetivo, menoscabarían los principios del sistema (...) Corresponde al juez nacional apreciar el carácter proporcionado o no de las medidas de que se trata y de la aplicación que les da la Administración competentes (...)”.

más allá de lo necesario para alcanzar su objetivo.⁴¹⁴

Por otro lado, la LEC no alude al principio de proporcionalidad pero se infiere de su regulación, pues se refiere a las “medidas necesarias” en el art. 721.1 y el artículo 726.1.2ª a las medidas “menos gravosas o perjudiciales para el demandado”. Por su parte, si bien la LJPA tampoco menciona expresamente este principio para la adopción de las medidas cautelares, sí lo hace a propósito de la contracautela, por lo que la proporcionalidad resulta de aplicación en el proceso contencioso administrativo, ya sea porque resulta implícita a su regulación, ya sea por aplicación supletoria de la LEC. Este principio de proporcionalidad debe ser tenido en cuenta tanto para la adopción de una medida cautelar específica, como para su denegación. En este sentido el tribunal supremo⁴¹⁵ ha considerado proporcionada la ejecución del acto sancionador impugnado que imponía cuatro sanciones que comportaban la revocación de la autorización administrativa de una entidad bancaria.⁴¹⁶

Primero debemos partir de la base de que para adopción de medidas cautelares que exceden el propio carácter cautelar, suponiendo en muchos casos la anticipación del fallo, el principio de proporcionalidad debe ser el punto de apoyo y el pilar fundamental en la regulación de las medidas cautelares.

A la hora de decretar estas medidas cautelares no podemos partir de una aplicación matemática de las normas reguladoras de la tutela cautelar, porque ello nos llevaría a la dificultad o más bien imposibilidad, en muchos casos, de adoptar medidas cautelares.

En este principio, se trata de conceder un papel activo al órgano jurisdiccional, que consiste en atribuirle la necesaria facultad de valorar, medir y aplicar unas circunstancias que, de alguna manera, se encuentran vagamente acuñadas en la ley. En

⁴¹⁴ TESO GAMELLA, Pilar, *Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pag. 88.

⁴¹⁵ STS 14 octubre de 2004 (Tol 528035) “Conviene a esos intereses públicos, prioritarios a los privados, mantener, en tanto se dicta sentencia en el proceso principal, los efectos de la revocación de la autorización. La inactividad que durante ese tiempo se produce, es la consecuencia directamente querida por las sanciones de revocación; tal efecto o consecuencia ofrece los caracteres de medida congruente y proporcionada al fin que se propone alcanzar, que es la preservación de la credibilidad y confianza en el sistema financiero (...)”

⁴¹⁶ TESO GAMELLA, Pilar, *Medidas Cautelares en...op.cit.*, pags. 88 y 89.

consecuencia, el juez deberá llevar a cabo un juicio de razonabilidad sobre la finalidad perseguida y las circunstancias concurrentes, con el fin de determinar si la medida cautelar es o no proporcionada.

Las medidas que se acuerden deben guardar la debida proporcionalidad en relación mediata con la pretensión deducida, de forma que no se conviertan en un modo de sancionar infracciones anteriores al momento en que se solicitan, sino un medio de evitar el mantenimiento de una actividad infractora.⁴¹⁷ En el otro lado de dicho examen se halla la necesidad de ponderar también cual es el estado en que se encuentra el sujeto pasivo de la medida tras la adopción de la misma, es decir, la medida cautelar, aún cumpliendo lo anteriormente expuesto, podría no ser adoptada por el órgano jurisdiccional en el supuesto de causar un peligro irreparable a quien se opone con razón.

Esta característica se encuentra incluida dentro del más general axioma de “prohibición de exceso”. Constituye un criterio constitucional regulador de la actividad de los poderes públicos, dicha actividad es susceptible de restringir o lesionar de alguna forma los derechos individuales de los ciudadanos. Mediante la exigencia del cumplimiento de la proporsionalidad, justifica su existencia para establecer sobre las autoridades correspondientes una frontera o límite a su actuación coactiva o restrictiva, la cual únicamente podrá ser llevada a la práctica cuando resulte estrictamente necesaria, idónea y proporcionada para obtener los objetivos perseguidos por la misma. Esto quiere decir que cuando los fines buscados con su adopción, puedan ser conseguidos a través de medidas alternativas manifiestamente menos gravosas, ha de imponerse la utilización de estas últimas.⁴¹⁸

La proporcionalidad de las medidas procesales restrictivas de los derechos subjetivos, como lo son las de naturaleza cautelar, han sido predicadas y analizada mayoritariamente a propósito de aquellas cautelas de índole personal que pueden ser acordadas en el sólo ámbito del proceso penal (tales como la prisión provisional) Pero en el área procesal civil, la proporcionalidad se aplica al ámbito de las posibles medidas

⁴¹⁷ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...* op.cit., pag. 720.

⁴¹⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en...* op.cit., pags. 90 y 91.

de privación o restricción de los derechos subjetivos de carácter patrimonial.⁴¹⁹

Afortunadamente, así lo ha entendido también el legislador en la LEC, quien mediante algunas proclamaciones, ha incorporado decididamente la observancia de la proporcionalidad, otorgándole rango de característica general para todas las medidas cautelares. Así, y con carácter general, ha dispuesto que, para la adopción efectiva de cualquier medida cautelar, el tribunal competente deberá imperativamente tener en cuenta que la misma no sea “susceptible de sustitución por otra medida igualmente eficaz...”; a los efectos del aseguramiento de la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la eventual sentencia estimatoria, pero menos gravosa o perjudicial para el demandado”, art. 726.1.2ª LEC. Y, análogamente, a la hora de aceptar o no una caución sustitutoria de una medida cautelar a adoptar o ya previamente adoptada, el legislador hace que el juez esté obligado a ponderar “si la medida cautelar habrá de restringir o dificultar la actividad patrimonial o económica del demandado de modo grave y desproporcionado respecto del aseguramiento que aquella medida representaría para el solicitante”, art. 746.2 LEC.⁴²⁰

También el propio Tribunal Constitucional ha ahondado en este entendimiento. Sea suficiente para comprobarlo con transcribir el siguiente pasaje de la STC 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996, 55): “El principio de proporcionalidad no constituye en nuestro ordenamiento constitucional un canon de constitucionalidad autónomo cuya alegación pueda producirse de forma aislada respecto de otros preceptos constitucionales. Es, si quiere decirse así, un principio que cabe inferir de determinados preceptos constitucionales – y en particular de los aquí invocados- y, como tal, opera esencialmente como un criterio de interpretación que permite enjuiciar las posibles vulneraciones de concretas normas constitucionales. Dicho con otras palabras, desde la perspectiva del control de la constitucionalidad que no es propio, no puede invocarse de forma autónoma y aislada el principio de proporcionalidad, ni cabe analizar en abstracto si una actuación de un poder público resulta desproporcionada o no. Si se aduce la existencia de desproporción, debe alegarse primero y enjuiciarse después en qué medida ésta afecta al contenido de los preceptos constitucionales invocados : sólo cuando la

⁴¹⁹ AAP Madrid 11ª 15 abril 2002 (JUR 2003, 46620), AAP Valencia 6ª 19 noviembre 2002 (JUR 2003, 31594).

⁴²⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en...*op.cit., pag. 91.

desproporción suponga vulneración de estos preceptos cabrá declarar la inconstitucionalidad”.⁴²¹

Con este principio de proporcionalidad se abre, sin embargo, un tema interesante en materia de tutela cautelar, y ello por cuanto se suscita la cuestión de si el órgano jurisdiccional puede llegar, bajo la vigencia de este principio, a decidir adoptar otra medida cautelar que sea proporcionada a la situación de ambas partes, distinta a aquélla o aquéllas solicitadas por el actor. Es decir que el órgano jurisdiccional puede:

a) Decidir de entre el listado de medidas cautelares solicitadas por el actor, la o las que crea más proporcionadas y convenientes a los fines perseguidos.

b) No puede adoptar medidas cautelares que sean más gravosas para el demandado que las solicitadas por el actor

c) Puede, sin embargo, aún no habiendo sido solicitadas por el actor, adoptar medidas cautelares que sean menos gravosas para el demandado y pueden llegar a cumplir la misma finalidad cautelar. Piénsese, por ejemplo, que, pedida una cesación cautelar, podría, sin ser pedida por el actor, adoptarse una medida cautelar como la retención y depósito, a través de los cuales va a conseguirse, de alguna manera, garantizar la obligación de no hacer por oes de menor gravedad que la cesación cautelar misma. También podría adoptarse la medida cautelar de restricción de la actividad, que no la cesación, por ser de menor entidad gravosa para el sujeto que la padece.

En todo caso, con la tutela cautelar y la necesidad de proporcionalidad entre la adopción de la medida, su idoneidad y sus efectos, se abre al órgano jurisdiccional una interesante labor que deberá consistir en la ponderación y equilibrio entre el medio y los efectos que puedan derivarse de dicha tutela cautelar.⁴²²

⁴²¹ Véase en este mismo sentido la STC 161/1997 de 2 de octubre (RTC 1997, 161).

⁴²² BARONA VILAR, Silvia, *Medidas Cautelares en los procesos sobre propiedad industrial*, Editorial Comares, Granada, 1995, pags. 101 a 103; asimismo leer de la misma autora el artículo: “El principio de proporcionalidad, presupuesto esencial de la prisión provisional”, *La Ley*, 13 de octubre de 1987, pags. 1 a 4.

El tema de la proporcionalidad va a engarzarse con una cuestión suscitada al hilo de la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE. De tal manera que, como dispuso la STC 14/1992, de 10 de febrero, "...la tutela judicial no es tal sin medidas cautelares adecuadas que aseguren el efectivo cumplimiento de la resolución definitiva que recaiga en el proceso...". La necesidad de una ponderación de los presupuestos para la adopción de medidas cautelares, juntamente con el necesario ejercicio de la tutela judicial efectiva y el examen de la tutela que puede otorgarse al que sufre la medida cautelar, es la labor fundamental que debe ser ejercitada por el órgano jurisdiccional. En este sentido la STC 148/1993, de 29 de abril, al analizar los presupuestos de las medidas cautelares apunta la necesidad de verificar una ponderada concurrencia de los requisitos con el fin de determinar si es idónea a su finalidad de garantizar la efectividad de la tutela judicial de fondo.

8.- Clasificación de las medidas cautelares

Como señalamos al inicio del presente estudio la tutela cautelar, y posteriormente estudiaremos las medidas cautelares especiales para proteger los derechos de autor. Las medidas cautelares son la manifestación misma de la tutela, es decir son la expresión del tipo de cautela que se pretende en el proceso. Uno de los tratadistas que dio la denominación y caracterización de "Medida" cautelar, fue PODETTI, quien señalaba que esta designación da una idea tanto del objeto como del resultado de la misma; y expresamente indica lo siguiente: "...si bien el vocablo 'medida' significa decisión, su sentido es más amplio que el dado a decisión o resolución judicial, porque indica algo que se cumple, significa tomar medidas para reparar o solucionar una dificultad, no implica solamente decidir algo sino ponerlo en ejecución".⁴²³

Con el objetivo de sistematizar el estudio de las medidas cautelares, cada tratadista ha realizado su propia clasificación, dividiendo y diferenciando cada una de ellas, de acuerdo a los criterios que ha considerado más importantes, pero siempre de forma genérica, es decir tratando de agruparlas cuando tienen características y funciones

⁴²³ PODETTI, Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, Bs. As. 1969, pag. 14.

comunes. Estas clasificaciones son netamente doctrinales, puesto que sólo en la práctica se intentará establecer cuál es la tutela cautelar, más apropiada y específica para la protección de un derecho para cada caso en concreto.

A continuación realizaremos la clasificación en una serie de medidas cautelares, que constituyen por sí mismas la protección, y se encuentran plasmadas en la resolución judicial que concede la tutela cautelar; en resumen, se puede decir que en la tutela cautelar: el contenido es la medida cautelar específica y el continente es la resolución judicial que dicta la medida cautelar solicitada.

CALAMANDREI realiza una clasificación y las diferencia de la siguiente manera: a) Medidas cautelares conservativas, y b) Medidas cautelares innovativas; las primeras conservan la situación de hecho existente al momento de su solicitud, y las segundas solicitan la modificación de la situación de hecho existente. Pero concluye indicando que las medidas conservativas pueden tener también, bajo un cierto aspecto, eficacia innovativa, en cuanto pueden constituir una provisoria prohibición al demandado de ejercitar un derecho o *inhibitio exercitii iuris*.⁴²⁴

Asimismo CALAMANDREI, realiza otra clasificación de las cautelas, diferenciándolas de acuerdo a la instrumentalidad, que liga la medida cautelar con el proceso principal, y la reduce a cuatro tipos, los cuales analizaremos a continuación:

a) Medidas instructorias anticipadas.- son aquellas que, con miras a un posible futuro proceso de cognición, tratan de conservar ciertos medios probatorios, positivas o negativas, que podrán ser utilizadas después en aquél proceso en el momento oportuno.⁴²⁵ Debemos indicar que aquí se está confundiendo a las medidas cautelares con la anticipación probatoria, que es otra institución procesal que permite adquirir preventivamente datos probatorios positivos, que con el correr del tiempo, se haría imposible, o más difícil, recoger. Estas dos instituciones procesales son totalmente distintas, con una finalidad diferente cada una, y por lo tanto no asimilables; distinguirlos

⁴²⁴ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...op.cit.*, pag. 49.

⁴²⁵ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...op.cit.*, pags. 53 y 54.

tiene gran importancia práctica, pues impide que se intente aplicar los presupuestos o caracteres de una a la otra, circunstancia inevitable si se admite la asimilación.⁴²⁶

b) Medidas dirigidas a asegurar la ejecución forzosa.- éstas impiden la dispersión de los bienes que pueden ser objeto de la misma. El carácter instrumental de estas medidas es puesto de relieve al denominarlas de aseguramiento de la futura ejecución forzosa. CALAMANDREI señala además que: “como medida cautelar dirigida a asegurar la ejecución forzada de una obligación de no hacer (la que CARNELUTTI en “Esecuzione” Tomo II, pág. 15, llama ejecución por supresión) se puede considerar en ciertos casos el secuestro, cuando el mismo sea preordenado a la destrucción, o a la atribución en propiedad al poseedor de la exclusiva, de los objetos que constituyen violación del derecho de exclusiva industrial o del derecho de autor, en contravención a una obligación de no hacer”.⁴²⁷

c) Medidas de Anticipación de resoluciones decisorias.- son las medidas mediante las cuales se decide interinamente, en espera de la decisión definitiva, eliminando la incertidumbre que si ésta perdurase hasta la emanación de la sentencia definitiva, podrían derivar en daños irreparables para una de las partes. El juez otorga mediante la medida cautelar la satisfacción de la pretensión del proceso principal.⁴²⁸

d) Medidas cautelares diversas de las expresamente previstas por la ley (poder cautelar general).- Desde los estudios de CHIOVENDA ya se consideraba la existencia de una regulación general de las medidas cautelares, cuando no exista una medida cautelar específica para proteger el derecho: “la figura general de la providencia provisoria cautelar; dejándose completamente al juez el poder de establecer su oportunidad y su naturaleza”.⁴²⁹

e) Posteriormente CALAMANDREI señala que la “**ejecución provisoria**” en particular, no es un tipo de medida cautelar puesto que se aplica cuando expresamente en la ley se le otorga carácter ejecutivo a la sentencia emanada de primera instancia,

⁴²⁶ DI DORIO, Alfredo J. *Temas...op.cit.*, pag. 100.

⁴²⁷ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...op.cit.*, pags. 56 y 57.

⁴²⁸ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...op.cit.*, pags. 58 y 59.

⁴²⁹ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones....op.cit.*, pag. 257; CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...op.cit.*, pags. 66 y 67.

aunque ésta haya sido apelada, la razón de esta cláusula de ejecución provisoria se halla establecida en el afán de obviar un *periculum in mora*. Es necesario resaltar respecto a la ejecución provisoria su aplicación en materia comercial, sin perjuicio de la posibilidad de aplicarse en otras materias, específicamente en ésta el juez la concederá basándose en la consideración del peligro en el retardo, que es especialmente muy sensible en las relaciones comerciales.⁴³⁰ Los derechos de autor pertenecen al ámbito del derecho mercantil, y podemos decir que es esta naturaleza la que le otorga la urgencia para su protección. Pongámonos en el caso de infracción a los derechos de autor, por copias ilegales de una obra, a las cuales usualmente se les denomina copias “pirata”, entonces la urgencia en la adopción de medidas cautelares radica en que el mercado podría verse cubierto por estos ejemplares “piratas”, tratando de evitar que se consume la distribución de los ejemplares ilícitos.

Por su parte CARNELUTTI en un principio expuso una división de las medidas cautelares, señalando que pueden ser concebidas en dos sentidos distintos y opuestos: uno en el de que se impida el cambio de la situación existente, y otro por el contrario, que se determine ese cambio; y las denominó: prevención conservativa y prevención innovativa.⁴³¹ Pero posteriormente añadió un tercer tipo de medidas cautelares, y la razón la encuentra en que durante la pendency del proceso judicial debe de fijarse o mantenerse la situación de hecho inicial en la que se encuentran las partes, y para lograr esto, es necesario un mandato del juez, que impida que algo se haga o bien ordena que algo ya hecho se deshaga o bien que se haga algo todavía no hecho, de aquí surgen: **a) inhibición (cautela inhibitoria); b) eliminación (cautela restitutoria); o, c) anticipación (cautela anticipatoria)** del cambio en la situación inicial existente.⁴³²

El tratadista GUTIERREZ DE CABIEDES, divide a las medidas cautelares, de acuerdo a la pretensión, si es de dar, hacer o no hacer:

a) Medidas Cautelares que pueden acordarse, cuando se pretenda la entrega de una cosa o bien mueble. En el caso que se solicite la entrega de un bien mueble, habrá que distinguirse dos supuestos: a) cuando se entable una acción real sobre

⁴³⁰ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...* op.cit., pags. 61 a 63.

⁴³¹ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema...* op.cit., Vol. I, pag. 243.

⁴³² CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y Proceso*, traducción Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1971, pags. 411, 412 y 416.

la cosa mueble, o b) cuando se entable una acción personal en busca de la entrega de la cosa litigiosa. Consideramos que en ambos casos la medida cautelar más apropiada es un secuestro, pero los requisitos para acordar la medida cautelar deben ser más exigentes en el caso de acción personal, que en el de acción real, por la naturaleza más absoluta de la última.⁴³³ Cuando se inicia un proceso, cuya materia sean los derechos de autor, al tratarse de una acción personal, el juez será estricto en el cumplimiento de los requisitos para el otorgamiento de la cautela.

b) Medidas Cautelares que pueden acordarse cuando se pretenda el aseguramiento de una obligación de hacer.⁴³⁴

c) Medidas Cautelares que puede acordarse cuando se pretenda el aseguramiento de una obligación de no hacer. Si la infracción no se ha consumado aún, sino tan sólo un peligro inminente de producirse el daño cabe la intimación al demandado para que se abstenga de realizar la conducta indebida, esto a través de una medida cautelar inhibitoria. Si a pesar de la intimación el demandado realiza la conducta prohibida, podrá llevarse a cabo la destrucción de lo mal hecho, dando cumplimiento coactivo de una decisión judicial incumplida.

Cuando al interponerse la demanda declarativa se haya iniciado la infracción del deber de abstenerse, pero no se haya consumado todavía dicha infracción, la medida cautelar adecuada será la suspensión de la actividad que se está realizando, con la destrucción de lo que se realice después de la suspensión. No es posible la destrucción de lo ya hecho por vía de esta medida cautelar, pues se anticiparía, una vez más, la ejecución de la eventual decisión final.⁴³⁵ Por lo que se solicitaría una medida anticipatorio. Esto responde a que actualmente se pueden adoptar una o más medidas cautelares, con la finalidad de proteger eficazmente el derecho.

Por otro lado DI DORIO toma como suya una clasificación, que él atribuye a la doctrina tradicional, señalando que la efectúa atendiendo a la materia sobre la cual se practican las medidas, y luego subdividiendo según la finalidad que persiguen:

⁴³³ GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios...op.cit.*, pag. 394.

⁴³⁴ GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios...op.cit.*, pag. 401.

⁴³⁵ GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios...op.cit.*, pag. 403 y 404.

a) Medidas cautelares para asegurar bienes:

a.1) Medidas que tienden a asegurar la ejecución forzosa: embargo preventivo; interventor colector o intervención de caja; secuestro.

a.2) Medidas que persiguen mantener un *statu quo* respecto de bienes o cosas: prohibición de innovar y contratar; anotación de *litis*; intervención y administración judicial.

b) Medidas para asegurar personas: tendientes a la guarda provisional de aquéllas; satisfacción de sus necesidades urgentes.⁴³⁶

Según REIMUNDÍN la tutela cautelar se divide en dos tipos de Medidas nítidamente diferentes, esta distinción la realiza de acuerdo como dice él a las metas perseguidas: “la cautela conservativa y la cautela innovativa⁴³⁷”; mediante el primero, se trata de conservar o inmovilizar una situación de hecho, para impedir los cambios de la misma que pudieran frustrar después el resultado práctico del proceso principal. En el proceso cautelar innovativo la técnica consiste en que se comprometería el resultado del proceso principal si, desde el principio, no se dispusiera un determinado cambio en el estado de hecho, y se presenta como modificación anticipada de una situación jurídica.

⁴³⁶ DI DORIO, Alfredo J., *Temas...op.cit.*, pags. 97 y 98.

⁴³⁷ REIMUNDÍN, Ricardo, *Prohibición de innovar como medida cautelar*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979, pág. 19.

II.- CLASES DE MEDIDAS CAUTELARES:

Las medidas cautelares que pueden adoptarse para la protección de los derechos de autor son diversas, y como veremos más adelante, la Ley de Propiedad Intelectual ha tratado de establecer con el mayor detalle y especificidad, cuales son las circunstancias que merecen la adopción de una medida cautelar. Ahora desarrollaremos cuales son las medidas cautelares que se desprenden de la doctrina, y que según nuestro criterio son las adecuadas para proteger los derechos de autor. Es decir que nos aventuramos a dar una clasificación personal de las medidas cautelares para la presente investigación.

1.- Medidas cautelares para futura ejecución forzosa

Como su nombre lo indica estas medidas cautelares sirven para facilitar el resultado práctico de una futura ejecución forzada, impidiendo la dispersión de los bienes que puedan ser objeto de la misma. En caso que la pretensión sea la entrega de una suma de dinero, se utilizan estas medidas cautelares; es decir que si en el proceso principal se obtiene una decisión final favorable, quien solicitó la medida, puede posteriormente solicitar, sin solución de continuidad, su ejecución, es decir el consecuente procedimiento de apremio.⁴³⁸

Estas Medidas cautelares se otorgan principalmente para resguardar y proteger una pretensión netamente económica, como por ejemplo una obligación de dar una suma de dinero, o una indemnización de daños y perjuicios. Estas medidas conjuran el peligro de que el deudor, se deshaga de todos sus bienes, quedando en situación insolvente, y en consecuencia imposibilitado de pagar la deuda.

Las dos formas más comunes de esta clase de medidas son el secuestro y el embargo, en los cuales se afectan bienes del demandado sean estos: muebles, inmuebles o de cualquier otro tipo. Estas medidas se denominan así puesto que lo que se busca una

⁴³⁸ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...*op.cit., pag. 56.

vez concluya el proceso principal es la ejecución forzosa de los bienes cautelados⁴³⁹, es decir que se proceda al remate o adjudicación de dichos bienes, y así cubrir el pago de la deuda, cuya condena establece la resolución final. Como podemos apreciar, estas medidas funcionan perfectamente resguardando una sentencia condenatoria, pero muy difícilmente estas cautelas serán las idóneas para asegurar una decisión constitutiva o declarativa.

Antiguamente se reservaba el nombre de cautela, para aquellos medios o instituciones que pretendían conjurar el peligro que para una futura ejecución representa la propia existencia y duración de un proceso judicial.⁴⁴⁰ En la actualidad existen otras medidas que son cautelares y no necesariamente están dirigidas a una ejecución forzosa, puesto que su finalidad es proteger la ejecución de la sentencia final de otra forma.

Para la protección de los derechos de autor, las medidas para futura ejecución forzada, son las idóneas cuando la pretensión principal sea netamente patrimonial, como es el caso de que se solicite una indemnización de daños y perjuicios, que se solicite el pago de las ganancias dejadas de percibir por la comercialización de la obra, o que se ordene el depósito del precio de venta de la obras publicadas sin autorización del autor, etc. Pero consideramos que esta medida cautelar no conjura el daño que puede ocasionarse a los derechos no patrimoniales del autor, que deberán ser protegidos con otras medidas cautelares que más bien prevengan que se produzca el daño. Así señala VALLS GOMBAU, que en muchos casos, la sentencia que condena a la parte infractora a que pague una indemnización para reparar los daños ocasionados a los derechos de autor, deviene en insuficiente, puesto hubiera sido más efectiva una medida cautelar especial, con la finalidad de proteger estos derechos, puesto que se pudo evitar que el perjuicio se consume, paralizando los actos ilícitos mientras se producía la pendencia del proceso.⁴⁴¹

⁴³⁹ ALONSO SAURA, M.^a Pilar, *Clases de...*op.cit., pag. 27 ;y BARONA VILLAR, Silvia, *El nuevo proceso civil*, Valencia 2000. Ed. Tirant lo Blanc, pág. 742.

⁴⁴⁰ FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel, *Lecciones de Derecho Procesal*, con De la Oliva, tomo III, Barcelona, 1985, pág. 334.

⁴⁴¹ VALLS GOMBAU, José Francisco, *Medidas...*op.cit., pag. 177.

2.- Medida Cautelar Anticipatoria

La medida cautelar anticipatoria es aquella que anticipadamente otorga los efectos de la resolución final del proceso principal, es decir que se otorga la satisfacción de la pretensión, pero sólo en situaciones especiales y cuando el juez considere que de otra forma el daño que se ocasionará al actor se constituirá en irreparable.

La tutela cautelar anticipatoria pretende eliminar el daño antes de que éste se consume. Existen casos específicos en los cuales el interés del actor para invocar tutela jurisdiccional y cautelar surge antes de que el derecho haya sido efectivamente lesionado. Este interés se encuentra en el anuncio de la consumación de una lesión próxima o posible: en estos casos, la tutela cautelar, en lugar de que funcione con la finalidad de eliminar *a posteriori* el daño producido por la lesión de un derecho, funciona *a priori* con la finalidad de evitar el daño que podría derivar de la lesión de un derecho de la que existe la amenaza todavía no realizada. En estos casos se habla, en contraposición a la tutela sucesiva o represiva, de una tutela preventiva, en la cual el interés en obrar surge no del daño sino del peligro de un daño jurídico.⁴⁴²

La medida cautelar anticipatoria consiste precisamente en una decisión anticipada y provisoria del mérito, ésta durará únicamente hasta el momento en que la decisión final recaída en el proceso principal se le sobreponga; pero, como sabemos, sólo llegaremos a la obtención de una sentencia definitiva una vez se haya llevado a cabo todo un proceso.⁴⁴³ En estos casos la medida cautelar trata de acelerar, provisoriamente, la satisfacción del derecho, porque el *periculum in mora* está constituido no por la temida desaparición de los medios necesarios para la ejecución de la decisión sobre el mérito, sino precisamente por la pendencia que existe, en razón de la duración del proceso principal, del estado de insatisfacción del derecho. Aquí por tanto la medida cautelar recae directamente sobre el derecho que constituye la controversia: es una declaración interina de mérito, que ofrece a la parte que ha obtenido a su favor la medida cautelar el modo de satisfacer inmediatamente, incluso a través de la ejecución forzosa, el derecho que provisoriamente se le ha reconocido, en

⁴⁴² CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...op.cit.*, pags. 40 y 41.

⁴⁴³ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...op.cit.*, pag. 59 y CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las Medidas Cautelares...op.cit.*, pag. 39.

espera de la decisión principal.⁴⁴⁴ El actor considera que es insuficiente para evitar los posibles daños que pueden ocasionarse durante la pendencia del proceso, el sólo mantenimiento del *statu quo* inicial. Para una verdadera efectividad de la tutela judicial y la plena utilidad de la sentencia necesita ir más allá, necesita un cambio del mundo exterior, aunque esto signifique una satisfacción previa de la pretensión solicitada en el proceso principal, con la condición que esta satisfacción sea únicamente provisional.⁴⁴⁵

Para la adopción de una medida cautelar es fundamental que se establezca su necesidad para proteger el derecho y no la simple conveniencia. Esta apreciación realizada por el órgano jurisdiccional debe ser más minuciosa y detenida en las medidas anticipatorias de la pretensión principal, puesto que sus efectos pueden llegar a ser irreversibles. Esta necesidad se refleja en la posible existencia de un perjuicio grave e irreparable que se derivaría para el solicitante en caso de no concederse la medida. Esa imposibilidad de una completa reparación del daño contribuye en gran medida en la verificación de dicha necesidad de tutela cautelar.⁴⁴⁶ El juez tiene la tarea importantísima de valorar el peligro de que se consume el daño, necesariamente realizando una previsión y en función del posible contenido de la decisión final del proceso principal, si una medida cautelar puede considerarse como la anticipación de ciertos efectos (decisorios o ejecutorios) de la futura decisión definitiva, es evidente que el juez deba prever también cuáles podrán ser los efectos definitivos de la decisión principal, de la que la medida cautelar constituye casi un anuncio y una vanguardia.⁴⁴⁷

Debe de ponerse énfasis en la interpretación restrictiva de las cautelas, puesto que éstas deben de ocasionar la mínima agresión posible, eligiendo en caso de existir varias posibles y útiles, la que menor incidencia tenga en el patrimonio del demandado. Esta interpretación restrictiva de aplicarse con mayor rigor en las cautelas anticipatorias, puesto que el grado de “agresión”⁴⁴⁸ es mucho mayor; el juez se encuentra impedido de dictar una medida mas gravosa que la solicitada por el actor. Respecto a esto podemos señalar la sentencia de SAP Barcelona de 24 de julio de 1990⁴⁴⁹, que indica

⁴⁴⁴ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...* op.cit., pag. 72.

⁴⁴⁵ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 128.

⁴⁴⁶ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las Medidas Cautelares...* op.cit. pag. 153.

⁴⁴⁷ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...* op.cit., pag. 75.

⁴⁴⁸ VALLS GOMBAU, José Francisco, “Medidas cautelares reguladas en leyes especiales”, op.cit., pag. 188, y en “Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales”, op.cit., pág. 339 y sgts.

⁴⁴⁹ SAP Barcelona de 24 de julio de 1990, RGD, 1991, pag. 1 785.

expresamente lo siguiente: “...Ciertamente es que el artículo 126 (actualmente artículo 141 de la Ley de Propiedad Intelectual) establece...medidas para la protección de los derechos reconocidos en esa Ley. El hecho de que la actora haya solicitado la adopción de las más graves a juicio de la recurrente, no implica un fraude de ley... no pudiendo acogerse tampoco la alegación de que la SGAE pretende la adopción de las medidas solicitadas como vía de presión ...”.

Este tipo especial de tutela cautelar adelanta total o parcialmente los efectos de la futura sentencia del proceso principal, esto con el objeto de cumplir la función de asegurar la efectividad de sus resultados; es decir que la instrumentalidad, carácter fundamental de las medidas cautelares, debe estar también presente en las medidas de contenido anticipatorio, asimismo debe existir una relación con la resolución principal, con la cual constituye “una especie de binomio lógico inescindible”.⁴⁵⁰

Haciendo una diferencia clara con las medidas cautelares para futura ejecución forzada, debemos señalar que, si un acreedor teme que durante la espera de la satisfacción de su crédito, el deudor se deshaga de todos sus bienes, buscará auxilio contra este peligro en el secuestro conservativo. Pero si el acreedor, por particulares razones de necesidad, teme el daño acaso irreparable que se le derivaría del hecho de deber esperar por largo tiempo la satisfacción de su crédito, no lo protegerán contra este peligro las medidas cautelares antes señaladas, por lo que necesita, medidas cautelares aptas para acelerar la ejecución forzada. En el primer caso el acreedor está dispuesto a esperar, pero quiere estar seguro de que su espera no será vana; pero en el segundo caso, quiere escapar a los daños que se le derivarían de tal espera, al final de la cual la decisión principal, aun expidiéndose ésta a su favor, llegaría demasiado tarde para poderle ayudar. Es fácil comprender la diversidad de la presentación de la instrumentalidad de la medida cautelar en estos dos casos: en ambos la providencia sirve para asegurar la eficacia práctica de la decisión principal, pero mientras en el primero esta eficacia práctica está considerada bajo un aspecto objetivo y directo, en el segundo caso está valorada desde un punto de vista subjetivo e indirecto, en donde es determinante la situación personal de necesidad del reclamante, en vista de la cual una ejecución forzada, fructífera pero diferida, podría resultar subjetivamente tan inútil

⁴⁵⁰ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...*op.cit., pag. 141.

como una ejecución forzada infructuosa por la falta de bienes contra los cuales dirigirse.⁴⁵¹

CALAMANDREI, en nuestra opinión erróneamente, realiza una equiparación entre la medida cautelar anticipatoria y las sentencias de condena, señala que dado que estas medidas están destinadas a anticipar sus efectos funcionarán, aunque no contengan la palabra condena, como condena anticipada; sin embargo es evidente que la tutela cautelar y la tutela principal son totalmente diferentes. Asimismo CALAMANDREI considera que con la adopción de una medida anticipatoria se materializa la constitución de una obligación cautelar que, cuando no se satisface espontáneamente, se transforma en una obligación procesal, y que como sabemos existe la posibilidad de hacerla cumplir incluso coercitivamente.⁴⁵² Como venimos explicando, la función de la medida anticipatoria, es más bien el evitar que se consume un daño que en ocasiones se torna irreparable.

Las medidas cautelares anticipatorias no pueden ser estudiadas ni mucho menos equiparadas a otras disposiciones procesales como son las solicitudes de anticipación o aseguramiento de la prueba, el fin de estas últimas es conservar los datos y fuentes de prueba que permitan al juez dictar una sentencia con acierto y pleno conocimiento de los hechos, mientras que las medidas cautelares tienden a hacer posible la ejecución de una sentencia futura. Por lo tanto, sólo por el hecho de comparar su función, sabemos que se trata de instituciones totalmente diversas. El que la medida cautelar está en función de la ejecución eficaz de una sentencia futura, distingue estas medidas de una serie de cautelas de tipo material o sustancial de naturaleza autónoma que no tienden a asegurar la ejecución de la sentencia futura.⁴⁵³

Recientemente en la doctrina existe una ardua polémica en torno a la conceptualización de estas medidas, distinguiéndose, al respecto, las meramente conservativas de las anticipatorias, e incluso añadiéndose en los últimos tiempos un tercer género a esta clasificación, aludiéndose a las medidas autosatisfactivas. En estas medidas anticipatorias, no se pretende conservar la situación existente al momento del

⁴⁵¹ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...*op.cit., pag. 72 y 73.

⁴⁵² CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...*op.cit., pag. 87 y 88.

⁴⁵³ GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios...*op.cit., pag. 389.

inicio del conflicto, sino que lo que se pretende es innovar, modificando la situación en la que se encuentra el peticionante de la cautela, y se coloca a las partes en una posición similar o idéntica (a veces en mejor posición aún) que la que se produciría si hubiera obtenido ya la sentencia favorable.⁴⁵⁴

Existe doctrina que ha comenzado a acuñar un concepto para las denominadas medidas autosatisfactivas, definiéndolas como “soluciones jurisdiccionales urgentes, autónomas, que importan una satisfacción definitiva de lo requerido, despachables inaudita parte o, según el caso, previa audiencia, y sólo procedentes si media un interés cautelable cierto y manifiesto (o fuerte probabilidad de que la pretensión formulada resulta atendible) y la tutela inmediata es imprescindible”⁴⁵⁵. Pero este caso, se trata de una categoría más próxima a la cognición sumaria o sumarísima (si no existe previa audiencia al afectado por la medida), que trata de romper la nota de la instrumentalidad de la medida cautelar con un proceso principal. De ahí que en realidad no cumplen la función de una verdadera medida cautelar.

En la práctica, la salida que se ha encontrado para la falta de regulación específica respecto a las medidas cautelares anticipatorias es la denominada medida cautelar genérica o innominada, y a través de ésta se pueda solicitar al juez que dicte una medida con efectos anticipatorios. Lo que se pretende con esta medida cautelar es anticipar todos o algunos de los efectos de la sentencia principal.⁴⁵⁶

Para la protección de los derechos de autor, en muchos casos, las medidas cautelares más idóneas para evitar que se consume un daño son precisamente estas medidas anticipatorias; esta idoneidad radica en la anticipación del contenido de la decisión de fondo. Dado que en las medidas cautelares genéricas se utiliza la expresión legal de “asegurar la efectividad”⁴⁵⁷ ello permite concebir de forma amplia la posibilidad de anticipar el contenido de la decisión final, y por ello puede utilizarse para los casos de una infracción o posible e inminente infracción de los derechos de autor;

⁴⁵⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, José (Director) FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María, y CASERO LINARES, Luis, *Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2004, pags. 658 y 659.

⁴⁵⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...* op.cit., pag. 659.

⁴⁵⁶ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 74.

⁴⁵⁷ FRISINA, Pasquale, “La tutela anticipatoria: perfil funcional y estructural”, en *Revista de. Derecho Procesal*, 1986, pag. 366.

así podemos citar la sentencia de AP Granada – Sección 3ª – 24 de septiembre de 1990⁴⁵⁸, que señala expresamente lo siguiente: “...Ha de insistirse en que la suspensión de la reproducción, distribución o comunicación pública de la obra u obras no constituye un modo de sancionar infracciones anteriores al momento en que la suspensión se solicita, sino un medio de evitar el mantenimiento y perpetuación de la actividad infractora.....”.

Como sabemos, el derecho de autor es especial, que comprende tanto derechos morales como patrimoniales, esta doble naturaleza tiene una importancia determinante para establecer las medidas de protección de una obra, frente a las infracciones cometidas contra sus derechos. Debe tenerse muy presente que una indemnización pecuniaria no siempre repara los daños ocasionados a los derechos de autor, es por ello que las medidas cautelares que se dicten deberán tener efectos anticipatorios, es decir que otorguen desde un inicio los efectos que se buscan con la sentencia final del proceso, sin que por ello se desvirtúe su condición de medidas cautelares. La tutela cautelar está dirigida a impedir que a lo largo de la duración del proceso se continúe la actividad ilícita y la infracción del derecho. En términos genéricos tienen como finalidad el aseguramiento de la sentencia; pero además, cuando este aseguramiento resulte insuficiente, se podrá solicitar medidas cautelares de naturaleza anticipatoria para lograr que la duración del proceso no suponga un perjuicio para el titular del derecho, es decir para el eventual demandante vencedor del proceso.⁴⁵⁹

Las medidas cautelares anticipatorias pueden encontrar un problema por la necesidad de verter un juicio sobre el fondo del asunto, por ejemplo en caso de alteración del derecho moral a la integridad de la obra en el caso de Ana y los 7. La autora del guión original reclamaba que la muerte del protagonista, que ella misma interpretaba, suponía un atentado contra dicho derecho; en este caso se concedieron las medidas cautelares y la sentencia sobre el fondo del asunto llegó a la conclusión de que no había infracción. Otro caso singular sucede con las obras artísticas, en las que normalmente se deniegan las medidas cautelares, así podemos citar el caso del Auto del Juzgado Mercantil de Vizcaya (AC 2007/660) sobre el Puente Blanco de Calatrava y el derecho a la integridad de la obra; cfr. STC 18-03-1987 sobre la escultura de Pablo

⁴⁵⁸ AAP Granada – Sección 3ª – 24 de septiembre de 1990, RGD 1991, pág. 4 654.

⁴⁵⁹ VALLS GOMBAU, José Francisco, *Medidas...op.cit.*, pag. 176.

Serrano “Viaje a la luna en el fondo del mar”, o la STS 6-11-2006, caso de mural destruido. Un caso que realmente no era de propiedad intelectual, sino de derecho de contratos es el del cocinero Carlos Arguiñano (Auto Juzgado de lo Mercantil n.º 4 de Madrid 1 de octubre de 2004) TVE emitía una reposición de programas sobre los que tenía derecho de retransmisión y comunicación pública, pero lo hacía a la misma hora en que se emitía por Tele 5 otro programa de Arguiñano, se trataba más bien específicamente, de un caso de competencia desleal.⁴⁶⁰

Confusión entre medida cautelar y tutela sumaria

Existe una suerte de contradicción interna en que entra el art. 726 (y 727) sobre cuáles son las “características esenciales”, con el propósito de decidir, conforme a ley, qué conducta (orden o prohibición) puede ser acordada como medida cautelar y cuál no (porque excede de lo que es una medida cautelar y se adentra en la ejecución sin título). Pero es, en sí misma, una innecesaria complicación de origen doctrinal, que procede del empeño de confundir el campo de aplicación propio de las medidas cautelares con lo que es el campo propio de la tutela sumaria o provisional, agravado con el empeño en conseguir los efectos de ésta (la tutela sumaria) con los mecanismos de aquéllas (las medidas cautelares).

Pero es evidente que la medida cautelar no es sinónimo de tutela rápida y provisional. La primera se refiere exclusivamente a aquellas actuaciones que son “aconsejables” para evitar que se convierta en inejecutable una futura e hipotética sentencia, pero que en ningún caso adelantan la ejecución forzosa. La segunda prefiere tutelar con rapidez, usando de los eficaces mecanismos de la ejecución forzosa, pero de modo provisional, ciertos derechos o situaciones jurídicas aunque no le conste que, quien las pide y obtiene, tenga efectivamente derecho a esa tutela, así sucede por ejemplo en los interdictos, en los procesos de desahucio, alimentos provisionales, juicio ejecutivo, el cambiario, el monitorio, el procedimiento previsto en el art. 41. LH (procedimiento sumario de ejecución hipotecaria), y los demás procesos pensados para la rápida recuperación de “cosas” vendidas a plazos o dadas en leasing: 250 10º y 11º) que, según el artículo 447.2 no producen cosa juzgada material.

⁴⁶⁰ LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, “La Protección de los Derechos de Propiedad... op.cit., pag. 233.

Quede como resumen esta sencilla idea: cuando el Derecho quiere otorgar a ciertos derechos o situaciones jurídicas una tutela “provisional” pero idéntica a la que se obtendría mediante la ejecución forzosa, acude a un proceso sumario. En cambio, cuando entiende que el *iter* para la obtención de la tutela principal debe ser el ordinario (sin condena no hay ejecución) pero aún así desea asegurar *a limine* que la sentencia que se dicte será ejecutable, acude a las medidas cautelares, pero como es obvio, sin llegar a la ejecución forzosa.⁴⁶¹

3.- Medida cautelar inhibitoria

La medida cautelar inhibitoria o de no innovar pretende conservar la situación de hecho o de derecho existente al momento en que se solicita, es decir que busca paralizar una situación fáctica, antes de que ésta se modifique, manteniéndola tal como se encuentra en ese momento, se busca evitar que se produzca alguna modificación en el mundo externo. La palabra inhibitoria significa que el afectado con esta cautela se abstenga o inhiba de realizar un acto, con el objeto de impedir que se consume un cambio en la realidad; por el contrario innovar significa cambiar o modificar, por lo tanto la tutela de “no” innovar busca que no se produzca ningún cambio o modificación en la realidad, conservándose la situación de hecho tal como se encuentra al inicio del proceso.

La medida inhibitoria contiene intrínsecamente una orden de no hacer, de abstenerse de realizar una actividad o suspender la ya iniciada. En los casos en que la conservación de un estado de hecho es la forma más idónea para proteger un derecho especial, es cuando se solicita el despacho de la medida de no innovar; puesto que si se consuma un hecho, sería demasiado tarde, puesto que ya se habría infringido el derecho y haría inútil el llevar adelante el proceso principal.

Uno de estos derechos especiales son los derechos de autor, que en situaciones específicas necesitan que el afectado con la cautela se inhiba de realizar el acto de

⁴⁶¹ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...* op.cit., pags. 691 a 693.

infracción del derecho de autor, puesto que sólo si el futuro infractor se inhibe de iniciar sus actividades, es que se logra proteger verdaderamente los derechos de autor.

CARNELUTTI, define a las medidas cautelares de no innovar como “conservativas”, en razón de que se pretende “conservar” o mantener el estado de hecho, existente al momento de solicitar la cautela. Además señala que si bien es cierto, las medidas de no innovar se despachan a pedido de parte, responden a un interés del Estado, el denominado *interest rei publicae*. El Estado se encuentra representado por el juez, y éste expide una resolución que arregla provisionalmente el conflicto, disponiendo el mantenimiento del estado de hecho, respondiendo a dos razones: a) Eliminar la defensa privada, y, b) Evitar una decisión judicial tardía e ineficaz.

La primera razón, referida a la eliminación de la defensa privada, significa que si un estado de hecho no es conforme a Derecho, el cambio del mismo sólo se puede conseguir a través de una orden del órgano jurisdiccional; por ello, cuando antes o durante el proceso, esté por producirse dicho cambio por obra de una de las partes, el orden jurídico apronta los medios para mantener el estado de hecho existente.⁴⁶² Aquí debemos señalar la diferencia entre dos efectos distintos de las medidas cautelares, no se puede equiparar el mantener un estado de hecho, con el restablecer el estado de hecho. La primera parte referida al mantenimiento del estado de hecho, es precisamente la finalidad de una medida cautelar de no innovar o inhibitoria, que busca paralizar y detener la situación de hecho existente; pero el segundo efecto, busca restablecer un estado de hecho, sino que va mas allá y busca restablecer la situación existente, la palabra restablecer es sinónimo de retrotraer o retroceder, lo cual puede solicitarse en casos especiales.

Ahora retomando lo señalado por CARNELUTTI, la segunda razón que tiene el Estado, es el evitar que el proceso jurisdiccional llegue demasiado tarde, por ello es importante que en ese momento se dicte una medida cautelar, impidiendo que se consumen ciertos cambios en la situación de hecho, nuevamente con la finalidad de conjurar un posible daño, daño que para los derechos de autor, muchas veces es irreparable.⁴⁶³

⁴⁶² CARNELUTTI, Francesco, *Sistema...op.cit.*, Vol. I, pag. 246

⁴⁶³ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema...op.cit.*, Vol. I, pag. 248.

La adopción de esta medida contiene la orden del juez, que constituye un “requerimiento” o “intimación” al demandado para que se abstenga de realizar determinadas conductas. Fundamentalmente se utiliza en caso de pretensiones de no hacer, en las que existe riesgo de que el demandado inicie la realización de una conducta prohibida. Si el demandado, haciendo caso omiso al requerimiento del juez infringe la prohibición de hacer, puede ordenarse la destrucción de lo hecho indebidamente, en este caso se restablece o retrotrae la situación existente antes de la infracción. Obsérvese que estos requerimientos o intimaciones, que se harán a la medida del caso, pueden ser extremadamente variados; por ejemplo no comercializar productos bajo determinada marca, no distribuir un determinado libro, abstenerse de producir conforme a ciertos procedimientos industriales, etc.⁴⁶⁴

Sabemos que los derechos de autor son de naturaleza compleja, comprenden derechos patrimoniales y no patrimoniales; en algunas ocasiones, cuando se produce una infracción sobre los derechos no patrimoniales del autor, los daños ocasionados pueden ser irreparables. Debe tomarse en cuenta que para proteger los derechos morales o personales del autor, en la mayoría de los casos no se puede aplicar el régimen general de la ejecución forzosa, puesto que se trata de obligaciones infungibles, la reparación económica sería insatisfactoria e inadecuada. El carácter preventivo inhibitorio de la medida cautelar de no innovar, puede asegurar el cumplimiento, voluntario o forzoso, de la decisión final en sus propios términos, es decir que se aseguraría su efectividad.⁴⁶⁵

Por el contrario desaparecería toda efectividad de la decisión final, cuando al intentar proteger los derechos no patrimoniales del autor se expida una sentencia condenatoria, que ordena el pago de una indemnización de daños y perjuicios; esta medida cautelar para futura ejecución forzosa deviene en inefectiva e insuficiente, puesto que con una medida cautelar de no innovar, se pudo evitar y prevenir que el perjuicio se consume, paralizando los actos ilícitos durante la pendencia del proceso.⁴⁶⁶

Imaginémonos el caso de que el demandante reclama ser el verdadero autor de una obra, y su pretensión es evitar que se publique la misma, con el nombre de un falso

⁴⁶⁴ FERNÁNDEZ, Miguel Ángel, *Lecciones de Derecho Procesal III, La ejecución forzosa, las medidas cautelares*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1985, pag. 368.

⁴⁶⁵ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 149.

⁴⁶⁶ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y ...* op.cit., pag. 177.

autor, ¿de qué le serviría una indemnización de daños y perjuicios, si se llegan a publicar cientos o tal vez miles de obras con el nombre de un falso autor?, el daño ya se habría consumado y la reparación económica no sería la idónea para reparar el daño. Entonces cuando se evita el inicio de una actividad infractora del derecho de autor, lo que se pretende es conjurar el daño antes de que este ocurra, y no castigar la infracción una vez ésta ya ha ocurrido.

La medida cautelar inhibitoria pretende evitar que el afectado con esta medida lleve a cabo un hecho que constituya la infracción al derecho de autor, por lo tanto existen dos intereses antagónicos, por un lado se encuentra el interés del autor, y por otro lado está el interés de lucro del afectado con la medida, puesto que en la práctica realizará todos los actos necesarios para que la reproducción, publicación y distribución de la obra le procuren ganancias, entonces aquí es donde radica la urgencia con la que se necesita que el órgano jurisdiccional expida la cautela inhibitoria, puesto que existe un temor claro y evidente de que se consume la infracción; es decir que el sustento de la medida de no innovar es un daño temido⁴⁶⁷, y no un daño consumado. Este antagonismo entre las partes, justifica que este tipo de medida cautelar se dicte sin oír a la parte afectada, *inaudita pars*, puesto que es necesario que se ejecute esta medida por sorpresa, llegando de improviso y en un momento inesperado.⁴⁶⁸ Todo ello sin perjuicio de que el afectado tiene el derecho de oponerse a posteriori, respetando y garantizando el derecho de defensa en el proceso. Es decir, cuando no se oye al afectado antes de adoptar una medida cautelar, no existe inconstitucionalidad, puesto que no se elimina el derecho de defensa, sino que simplemente éste se posterga a una etapa posterior a la ejecución de la medida cautelar, pudiendo el afectado oponerse en ese momento.

Si el afectado con la medida inhibitoria, tuviera previo aviso de ésta, la haría inefectiva deshaciéndose de la mercancía ilícita, ocultándola y en algunos casos extremos destruyéndola; aunque debemos señalar que la destrucción de los ejemplares infractores del derecho de autor en la práctica es muy improbable, puesto que, como señalábamos anteriormente, el afán de lucro es el que impulsa a cometer la infracción desde un principio, y al destruir estos bienes, no sólo se estaría renunciando a obtener

⁴⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y ...op.cit.*, pag. 420.

⁴⁶⁸ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y ...op.cit.*, pag. 427.

una ganancia, sino que además constituiría una pérdida del capital del infractor. Por ello, lo usual es que el infractor sólo oculte los ejemplares ilícitos.

En caso que la medida cautelar de no innovar o inhibitoria, por su función y objeto especiales, sea la más idónea para proteger un derecho, pero ésta no se encuentre establecida como tal dentro de un ordenamiento jurídico, podrá recurrirse a la medida cautelar genérica, siempre tratando de adecuar el caso específico a los efectos que se conseguirán con el dictado de la cautela. En tal sentido, la medida de no innovar presenta un amplio marco de posibilidades para ser adaptada a distintas situaciones⁴⁶⁹; como venimos estudiando, en muchas ocasiones es la específica e idónea para proteger los derechos de autor.

4.- Medida cautelar innovativa

La medida innovativa, es un tipo especial de tutela cautelar, puesto que su finalidad es modificar la situación fáctica o jurídica existente al momento en que se dicta la cautela, significa que el dictado de una de estas medidas, pretende variar lo que está sucediendo en la realidad, su ejecución constituye una transformación tanto de los hechos que vienen aconteciendo en la actualidad o, en determinados casos, la modificación de una situación que sucederá en el futuro de forma inminente. Este afán de modificar lo que viene sucediendo en la realidad, corresponde al objetivo de evitar que se consume un daño, y es más, lo que se pretende es evitar que se consume un daño irreparable.

La ejecución de una medida cautelar innovativa tiene dos objetivos: en primer lugar el evitar que se llegue a producir el daño, es decir adelantarnos al momento anterior en el tiempo a que suceda efectivamente el daño; y en segundo lugar, el evitar se consume un daño irreparable, puesto que este daño no es susceptible, por definición, de ser reparado económicamente. Como venimos señalando, en muchos casos los derechos no patrimoniales del autor no pueden ser reparados mediante una

⁴⁶⁹ DI DORIO, Alfredo J. *Temas...op.cit.*, pags. 117 y 118; y MORELLO, Augusto Mario, PASSI LANZA, Mario A., BERIZONCE, Roberto y SOSA, Gualberto L., *Código Procesales comentados y anotados*, La Plata, 1971, Tomo III, pag. 296

indemnización en dinero, precisamente se considera que este daño es irreparable, puesto que una condena pecuniaria no será idónea para reparar los derechos morales de autor infringidos.

Uno de los tratados doctrinales más extensos realizado acerca de la medida cautelar innovativa es el realizado por PEYRANO, quien la define como "... una medida cautelar excepcional que tiende a alterar el estado de hecho o de derecho existente antes de la petición de su dictado; medida que se traduce en la injerencia del juez en la esfera de libertad de los justiciables a través de la orden de que cese una actividad contraria a derecho y de que se retrotraigan las resultas consumadas de una actividad de igual tenor. Adviértase la calidad excepcional de esta medida cautelar. Es que ella, a diferencia de la mayoría de las otras... va más lejos ordenando, sin que medie sentencia firme, que alguien haga o deje de hacer algo en sentido contrario al representado por la situación existente."⁴⁷⁰

Entonces debemos señalar que la diferencia fundamental entre la medida cautelar innovativa y la de no innovar radica en que la primera busca que se modifiquen las cosas de cómo se encuentran actualmente, e incluso que se tomen ciertas actividades para modificar la situación existente; por el contrario la medida de no innovar, busca que se paralicen las cosas o que no se modifiquen, y que se mantengan tal como están en ese momento.

La evolución de la tutela cautelar ha desencadenado la existencia de las medidas innovativas, puesto que tradicionalmente la tutela cautelar limitaba su función, a asegurar el estado de hecho existente, impidiendo aquellos cambios que pudieran frustrar el resultado práctico del proceso principal. Pero actualmente ya no es suficiente inmovilizar la situación, ni conservar el *statu quo* inicial, sino que es preciso, en ocasiones, ir más allá modificando e incluso innovando el mundo exterior con la finalidad de que la resolución final despliegue toda su eficacia.⁴⁷¹

⁴⁷⁰ PEYRANO, Jorge Walter, *Medida Cautelar Innovativa*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1981, pags. 21 y 22.

⁴⁷¹ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 71.

DE LA PLAZA señala que en el Derecho procesal español se incluye la prevención innovativa dentro de su sistematización de procesos cautelares; subrayando, además, que aquélla puede resultar indispensable en ciertos casos, a fin de mantener la necesaria igualdad entre las partes; igualdad que correría el riesgo de quebrarse de no acudir presta la medida innovativa en procura de preservar la relación de pareja de fuerzas sobre la que se apoya la dinámica del proceso. Debemos aclarar que la medida innovativa no puede ser considerada una novedad en el horizonte doctrinario y jurídico en general. La *azione de remozione* de los italianos y la “acción de abstención” germana, son claras muestras de ello.⁴⁷²

La medida cautelar innovativa posee dos características especiales que la distinguen claramente, estas son: a) La irreparabilidad del daño que pretende conjurar, y b) Calidad excepcional y minuciosa de su despacho.

a) La irreparabilidad del perjuicio, consiste en que la situación de hecho o derecho que se pretende innovar ocasionaría, en caso de subsistir, un daño irreparable al solicitante. Como señalábamos anteriormente, no todas las veces el dinero repara adecuadamente un perjuicio, y también que no todas las veces el dinero del resarcimiento llega prestamente a los bolsillos del perjudicado.⁴⁷³

b) La calidad excepcional y minuciosa de su despacho, significa que el órgano jurisdiccional requerido para que dicte una diligencia cautelar innovativa, debe verificar si se da la circunstancia extraordinaria que termina de justificar su despacho; circunstancia consistente en la inexistencia de otra providencia cautelar apta para obtener el fin perseguido; por este motivo el despacho de una medida innovativa implica una muy seria responsabilidad para el magistrado que, puede provocar un desequilibrio en la situación de las partes, tan negativo como el que pretende paliar. Es decir que existen consideraciones de proporcionalidad para dictar este tipo de medida. La calidad excepcional de su despacho es entonces, prudencia extrema por parte del tribunal requerido.⁴⁷⁴ Además es requisito indispensable que su dictado contenga un precisión minuciosa, es decir que su despacho debe ser lo más circunstanciado posible;

⁴⁷² DE LA PLAZA, Manuel, *Derecho Procesal Civil español*, vol. II, 2a. ed., Editorial Revista de Derecho, Madrid, 1945, pags. 75 a 77.

⁴⁷³ PEYRANO, Jorge Walter, *Medida...op.cit.*, pag. 27.

⁴⁷⁴ PEYRANO, Jorge Walter, *Medida...op.cit.*, pags. 28 y 29.

es de vital importancia que el juez señale, cuidadosamente, en qué consiste la conducta que se prescribe o que se proscribe.⁴⁷⁵

La medida innovativa busca modificar hechos que ya sucedieron o que suceden actualmente, disponiendo que se realicen nuevos actos con la finalidad de evitar que se siga consumando la actividad ilícita. Para el caso de la protección de los derechos de autor la medida innovativa dispondría que se realicen actos, y se tomen las medidas necesarias para evitar que continúe la infracción de estos derechos, y en casos especiales revertir los efectos consumados de dicha infracción. Como señala PEYRANO, la eficacia de la medida innovativa, radica en su potencialidad para “deshacer entuertos” ya acaecidos.⁴⁷⁶ En conclusión existe la posibilidad de llevar a cabo actos para reponer o restituir los derechos de autor, modificando la situación actual en la que se viene infraccionando estos derechos.

Como señalábamos anteriormente, la diferencia radical entre las medidas de no innovar y las innovativas, es que las primeras mantienen la situación de hecho o de derecho existente, mientras que las segundas, es decir las innovativas, modifican o innovan la situación existente, incluso realizando actividades o actos para evitar se consume o se siga consumando la infracción de los derechos de autor.

CARNELUTTI hizo un estudio de la medida innovativa y señala que existen casos en los cuales es necesario e indispensable la adopción de estas medidas, puesto que en caso contrario se comprometería el resultado del proceso principal. Por lo tanto, desde el principio, es necesario que el órgano judicial disponga un determinado cambio en el estado de hecho existente, es decir que se realice una variación o modificación en el mundo real. Asimismo el tratadista realiza una división respecto a las medidas cautelares innovativas, indicando que éstas se pueden presentar desde dos puntos de vista: a) como privación del bien litigioso y b) como modificación anticipada de una situación jurídica.⁴⁷⁷ De acuerdo a nuestro estudio, podemos señalar que esta diferenciación realizada, distorsiona las clasificaciones modernas de la tutela cautelar,

⁴⁷⁵ PEYRANO, Jorge Walter, *Medida...op.cit.*, pag. 33.

⁴⁷⁶ PEYRANO, Jorge Walter, *Medida...op.cit.*, pag. 44.

⁴⁷⁷ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema...op.cit.*, Vol. I, pag. 249; y *Lessioni di diritto procesale civile* vol. II, págs. 60 y ss..

puesto que en principio estos dos tipos de medidas antes señaladas no pueden ser tomadas como medidas innovativas *strictu sensu*.

En primer lugar, la privación del bien litigioso, constituye la medida cautelar de secuestro judicial, puesto que se pretende evitar que la parte que tiene la posesión del bien, lo modifique o destruya, e incluso yendo más allá, impide que una de las partes disfrute del mismo, esto en razón de evitar una posición de superioridad, constituyéndose la medida conservativa en fuente de equilibrio entre las partes durante la marcha del proceso. En segundo lugar la modificación anticipada de una situación jurídica, puede tener dos connotaciones: a) si la modificación del mundo externo es pura y simple, es decir, si lo que se busca es cambiar la situación existente a como se encuentra al momento del dictado de la medida cautelar, estaremos en efecto frente a una medida innovativa; pero, b) si la modificación tiene la connotación de anticipada, por el hecho de conceder anticipadamente la pretensión contenida en el proceso principal, entonces nos encontramos frente a una medida cautelar anticipatoria; si bien es cierto la medida anticipatoria modifica el mundo externo, no puede ser considerada como innovativa, puesto que su efecto principal de aquella, es otorgar en la concesión de la medida cautelar lo que se pretende se reconozca o otorgue en el proceso principal, obviamente en ambos casos existe una modificación de la situación jurídica pero en la medida anticipatoria existe una identidad exacta entre lo que se pide en la medida cautelar y lo que se pretende en el proceso principal.

Por su parte, PEYRANO realiza una clasificación teleológica, como él la denomina, de las medidas innovativas, a) Medida innovativa de anticipo del juicio de mérito; y b) Medida innovativa que repone las cosas a su estado anterior.⁴⁷⁸ Podemos apreciar claramente que el tratadista comete un error evidente al equiparar las medidas cautelares anticipatorias con las innovativas, cuando sabemos que son dos medidas totalmente distintas, y por ende señalar nuevamente que no debe tomarse a la medida anticipatoria como una especie de medida innovativa. De la misma forma, es un error, el considerar que la función de la medida innovativa es reponer las cosas a su estado anterior, restableciendo el penúltimo status de que gozaba la cosa litigiosa; puesto que esto se logra con la medida inhibitoria o de no innovar, que no solo mantiene la

⁴⁷⁸ PEYRANO, Jorge Walter, *Medida...op.cit.*, pags. 59 y 60.

situación existente, sino que incluso puede reponerla al estado anterior a la infracción, desplegando efectos retroactivos.

Debemos señalar que la ley procesal no contempla expresamente la medida innovativa, y precisamente la solución que se encontró para suplir esta deficiencia normativa, fue la de solicitarla al juez como una medida cautelar genérica, que cumple la suerte de válvula de escape. Así mismo esta medida genérica puede tomar distintas formas, de tal forma que es un instrumento para el solicitante, pudiendo dar solución a tan diversas situaciones y coyunturas que puedan presentarse y que jamás el legislador se halló en condiciones de contemplarlas en su totalidad.

La medida cautelar innovativa se asumió en Latinoamérica proveniente del Derecho anglosajón. En el *common law* se encuentra regulado con la denominación de *special-remedies* (remedios especiales). La adopción de la medida cautelar innovativa es un intento de reforzar y dar mayor eficacia al proceso judicial. La inspiración la encontramos en el Derecho angloamericano, cuyo ejemplo es el conocido *comcept of court*. En ese modelo existen una serie de instituciones prácticas, como son los *injuctions*, los *mandamus* y el temido *contempt of court*, que son ciertas potestades coercitivas del juez, en las que se ordena a las partes realicen o dejen de realizar ciertas actividades, o bien modifiquen o no, cierta situación de hecho.⁴⁷⁹ Por otra parte, encontramos que en el Derecho francés el juez tiene la potestad para que en casos de incumplimiento de obligaciones de hacer, condene al deudor al pago de una multa, hasta que cumpla con la obligación. La diferencia con las medidas cautelares radica principalmente en que esta institución conocida como “astreintes”, se ordenan después que se ha obtenido una sentencia de condena y no durante la pendencia del proceso. Además las “astraintes” deben de revocarse cuando la suma de las multas acumuladas llegue al monto de la indemnización de daños y perjuicios, que en el mismo supuesto se hubiera impuesto al deudor, para el caso de su incumplimiento de hacer.⁴⁸⁰ Estas “astreintes” del Derecho francés se equiparan con las multas coercitivas establecidas en el artículo 711 LEC; que obviamente son una figura totalmente distinta a una medida cautelar.

⁴⁷⁹ PEYRANO, Jorge Walter, *Medida...op.cit.*, pags. 2 y 7.

⁴⁸⁰ GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios...op.cit.*, pags. 401 y 402.

DI DORIO establece que: “...en algunos casos se ha desvirtuado las medidas innovativas puesto que, a pesar de que se afirma tajantemente que nos encontramos ante una medida de esta naturaleza no se ha hecho más que dictar una medida de no innovar, pero con efectos retroactivos a un momento anterior al de la petición”.⁴⁸¹ Debemos señalar que aquí radica la diferencia entre estas dos medidas cautelares, puesto que con la medida cautelar inhibitoria o de no innovar, se busca mantener y conservar la situación fáctica y jurídica existente, impidiendo su modificación, y para esto es necesario en algunos casos retrotraer las cosas a un estado anterior al que se encuentran al momento de la petición, incluso significa deshacer lo ya hecho, con la finalidad de evitar el daño. En cambio la medida cautelar innovativa no pretende mantener el estado de derecho ni retrotraerlo, sino por el contrario modificarlos, es decir tomar ciertas medidas para evitar el daño, significa un hacer, el ejemplo clásico que se puede citar es el siguiente: imaginémosnos una fábrica de cuyas chimeneas emanan gases tóxicos, y lo que se pretende es evitar que dicha actividad continúe, mientras esto se discute en el proceso principal, con una medida innovativa se solicitará se coloquen unos filtros sobre las chimeneas, evitando que continúe la emanación de gases tóxicos. Es decir que la medida innovativa significó “un hacer”, tomar medidas activas, para evitar se siga consumando el acto ilícito, como es la colocación de los filtros. Para el caso de protección de los derechos de autor, una medida innovativa constituye el precinto o remoción de los instrumentos utilizados para la comunicación pública no autorizada, es decir que la medida constituye “un hacer”, modificando la situación fáctica existente, con el propósito de evitar se consume la actividad ilícita; tenemos por ejemplo el precinto de cámaras, proyectores, pantallas, equipos de sonido, etc.

Existen algunos autores que antiguamente negaban la existencia de la medida cautelar innovativa, uno de ellos es GUTIERREZ DE CABIEDES. Éste afirmaba que el elemento fundamental de las medidas cautelares es únicamente el asegurar y conservar la situación de hecho o derecho, negando la posibilidad de que una medida cautelar pueda innovar o modificar el mundo externo, expresamente afirmaba que: “sólo en muy raras ocasiones puede conceptuarse como cautelar una medida tendente a innovar una situación de hecho o de derecho antes de que se pronuncie la sentencia sobre dicha situación o derecho (...) las medidas innovativas sólo excepcionalmente deben

⁴⁸¹ DI DORIO, Alfredo J., *Temas de ...op.cit.*, pag. 97.

considerarse como cautelares”⁴⁸². Es decir que excluye a las medidas innovativas de la tutela cautelar, dándoles otra naturaleza. Como venimos explicando, esta concepción ha ido evolucionando con el transcurso de los años, puesto que existen casos especiales en la actualidad que exigen, incluso a veces con urgencia, que se modifique la situación de hecho existente.

5.- Medida cautelar genérica

Esta medida se denomina como genérica, en contraposición a todas las anteriores que hemos estudiado, a las cuales se les denomina específicas. Es genérica puesto que en caso que ninguna de las demás cautelas sea la idónea para proteger el derecho, se podrá utilizar esta medida, siempre con el objeto de que al momento en que se decida el conflicto principal, la resolución pueda ejecutarse en la realidad. Esta medida surge de la real preocupación de que no es posible prever totalmente, todas las situaciones concretas que deben ser protegidas mediante una medida cautelar específica, y por lo tanto se abre la posibilidad para proteger derechos que no fueron contemplados al momento en que se expidió la norma positiva.

Entonces debemos tener muy claro que las medidas cautelares específicas pueden llegar a ser insuficientes por no contemplar los muy diversos modos en que pueden desarrollarse las controversias y la diversidad de derechos a asegurar, por ello se ha dispuesto en la norma que quien tuviere fundado motivo para temer que durante el tiempo anterior al reconocimiento judicial de su derecho, pudiere sufrir un perjuicio inminente o irreparable, podrá solicitar las medidas urgentes que, según las circunstancias, fueran más aptas para asegurar provisionalmente el cumplimiento de la sentencia.⁴⁸³

Sobre la posibilidad de adoptar medidas cautelares diversas de las expresamente previstas por la ley, se afirma la existencia de un poder cautelar general, con la finalidad de proteger el derecho y el proceso, mediante la ejecución de la decisión final.

⁴⁸² GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios...op.cit.*, pag. 389.

⁴⁸³ DI DORIO, Alfredo J., *Temas de ...op.cit.*, pag. 97; y MORELLO y otros, *Código...op.cit.*, Tomo III, pag. 296.

CHIOVENDA desde un inicio ya se refería a la medida cautelar genérica, y la denominaba “cautela genérica e innominada”⁴⁸⁴, dado que el futuro es muy cambiante, y siempre está en movimiento, desde un inicio no se pueden establecer cuáles son todas las situaciones específicas que se pueden proteger con una medida cautelar específica, por ello es necesaria la medida genérica para que cubra esos vacíos legales.

Otros tratadistas denominan a esta medida cautelar como atípica o indeterminada, uno de ellos es CALDERÓN CUADRADO quien afirma que a pesar de existir todas y cada una de las condiciones establecidas para solicitar un régimen concreto de cautela, se puede acudir a la tutela cautelar atípica con la finalidad de obtener una medida cautelar distinta de las preestablecidas, y que se considere la más adecuada para responder a los fines cautelares necesarios para la protección del derecho.⁴⁸⁵

La gran mayoría de los tratadistas están de acuerdo con estas medidas cautelares genéricas, puesto que si bien es cierto la previsión positiva de las situaciones o derechos por proteger es índice de perfección del sistema, las medidas genéricas son las únicas que pueden alcanzar la ductilidad necesaria para combatir una variedad de *pericula* no fácilmente previsible desde un inicio.⁴⁸⁶

Por su parte, existen también autores que critican la medida cautelar genérica, uno de ellos es CARNELUTTI quien hace un análisis severo sobre las medidas cautelares genéricas, puesto que considera que esta yuxtaposición de una norma genérica sobre las demás normas específicas, altera gravemente la arquitectura de la ley sobre el tema, constituyendo una falta de sistematización, que debería solucionarse “en una decidida simplificación, en el sentido de que el legislador debe formular una norma genérica más amplia y correcta, que confiera al juez la potestad de emanar providencias cautelares, tanto de inhibición o de restitución como de anticipación, adaptándolas,

⁴⁸⁴ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones...op.cit.*, Volumen I, pag. 43; CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...op.cit.*, pags. 66 y 67.

⁴⁸⁵ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las Medidas Cautelares...op.cit.*, pag. 119; y ORTELLS RAMOS, Manuel, “Sobre las Medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428”, *Justicia*, 1989, pág 60.

⁴⁸⁶ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las Medidas Cautelares...op.cit.*, pag. 96 y 97; y ORTELLS RAMOS, Manuel, “Sobre las Medidas cautelares...op.cit”, pág 60.

según su prudente arbitrio, a los caracteres de los casos singulares”.⁴⁸⁷ Pero como podemos apreciar, la crítica se refiere únicamente a la sistematización legislativa de las medidas cautelares en general, sin afectar la importantísima función de la medida genérica.

⁴⁸⁷ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y ...op.cit.*, pags. 422 y 423.

III.- EL PROCEDIMIENTO CAUTELAR

Como señalábamos al principio del presente estudio, uno de los elementos de la tutela cautelar es el procedimiento cautelar, entendido como un conjunto organizado de etapas, que deben llevarse a cabo una tras otra ordenadamente, hasta lograr la concesión y orden judicial de la cautela deseada, procediéndose en la mayoría de los casos a la ejecución y quedando sujeta esta decisión a una impugnación ante el órgano jurisdiccional superior. Es necesario señalar que este procedimiento no está separado del proceso principal, sino que le sirve de instrumento.

Entonces es necesario conocer cuáles son los elementos y etapas que debe cumplir una solicitud de cautela. Dentro del procedimiento cautelar podemos distinguir los siguientes elementos indispensables:

1.- Competencia

En principio debemos tener presente que la competencia para el conocimiento de la solicitud de tutela cautelar recae sobre el órgano jurisdiccional que deberá conocer el proceso principal⁴⁸⁸. Esta regla general de la competencia para la adopción de medidas cautelares se encuentra establecida en el artículo 723 de la LEC. De la misma manera el Código Procesal Civil peruano en el artículo 33, dispone que es competente para dictar la medida cautelar antes de la iniciación del proceso, el Juez competente para conocer la demanda próxima a interponerse. Esta determinación de la competencia es lógica, puesto que obedece a la característica de instrumentalidad de las medidas cautelares respecto al proceso principal. Asimismo el artículo 608 CPC peruano establece que: “Todo Juez puede, a pedido de parte, dictar medida cautelar antes de iniciado un proceso o dentro de éste, destinada a asegurar el cumplimiento de la decisión definitiva.”

⁴⁸⁸ DI DORIO, Alfredo J. *Temas de...op.cit.*, pag. 109; y ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Iustel, Madrid, 2006, pag. 88.

La competencia objetiva para la adopción de las medidas cautelares en procesos sobre derechos de autor, corresponde a los Juzgados de lo Mercantil, puesto que fueron creados como Juzgados especializados por la Ley Orgánica para la Reforma concursal⁴⁸⁹. De acuerdo a lo dispuesto por la Ley Orgánica del Poder Judicial artículo 86 ter. 2.a: “Los Juzgados de lo Mercantil conocerán (...) de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de: Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a la competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual...”, es decir derechos de autor. Dado que los Juzgados de lo Mercantil son competentes para conocer el proceso principal referido a los derechos de autor, también son competentes para conocer los pedidos de medida cautelar.

La competencia territorial se rige por la regla general del domicilio del demandado. Sin embargo, la Ley de Enjuiciamiento Civil en el art. 52.1. 11º establece casos especiales para determinar la competencia territorial. Uno de estos casos especiales está referido a las infracciones de los derechos de autor, entonces el tribunal competente será: a) el del lugar en que la infracción se haya cometido o existan indicios de su comisión, o b) el del lugar en que se encuentren ejemplares ilícitos. La determinación de la competencia en estos casos queda a elección del demandante.⁴⁹⁰

En derecho comparado, también se atribuye la potestad cautelar al juez competente para el proceso principal, según se deduce de los arts.669 ter y quater del *Codice di procedura civile* italiano, y de los arts. 919 y 937 ZPO (919: “Für die Anordnung des Arrestes ist sowohl das Gericht der Hauptsache als das Amtsgericht zuständig...“, también art. 937.1 “Für den Erlaß einstweiliger Verfügungen ist das Gericht der Hauptsache zuständig“). (pag. 85) De esta manera en la ZPO atribuye al juez del asunto principal para dictar la *Anordnung des Arrestes ist sowohl das Gericht der Hauptsache als das Amtsgericht zuständig*; según el art. 943, atendiendo a si está la causa en la primera instancia o en apelación, aunque en caso de urgencia, *In dringenden*

⁴⁸⁹ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las medidas...*op.cit., pags. 91 y 92; y MONTALVAN AVILÉS, Andrés, *Medidas Cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo Mercantil, Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial XVIII – 2004, “Propiedad Intelectual y Medidas Cautelares”*, LERKO PRINT, S.A., 2005, Madrid, pag. 292.

⁴⁹⁰ MONTALVAN AVILÉS, Andrés, *Medidas...*op.cit., pag. 295. Véase también: AAP Santa Cruz de Tenerife 4ª 25 de febrero 2002 (AC 2002, 642).

Fällen, puede el *Amtsgericht* en el que se encuentren los bienes litigiosos adoptar las medidas precisas.⁴⁹¹

2.- Sujetos en el procedimiento cautelar

2.1.- Solicitante, Juez y afectado

El todo proceso cautelar interviene, obviamente la parte solicitante, el juez y el afectado con la tutela cautelar, aunque en oportunidades justificadas y sólo para la adopción de la medida se prescinde de la intervención de este último. Entonces existen casos especiales y excepcionales en los que para el dictado de la medida cautelar, el diálogo a tres bandas no es conveniente, limitándose el diálogo sólo entre el solicitante y el juez. Es decir que el contradictorio es útil y necesario, pero se pospone a un momento posterior a la adopción de la medida. El solicitante está en el deber de justificar y fundamentar cuales son las razones por las cuales no debe notificarse al afectado la petición de la medida cautelar, y recae en el juez la decisión de extender o no, el diálogo a la parte demandada.⁴⁹²

2.2.- Excepción: Medidas sin oír al afectado

La notificación previa al afectado puede suprimirse excepcionalmente cuando exista un peligro para la utilidad de la medida cautelar, la cual puede tener dos criterios: a) el criterio de urgencia, cuando el tiempo necesario para la audiencia constituya una demora exagerada, consumándose el daño; o, b) el criterio de sorpresa, cuando la cautela debe llegar de improviso para evitar que la parte demandada la torne vana, puesto que el demandado alterará la situación de hecho existente.⁴⁹³ La jurisprudencia

⁴⁹¹ PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “La Tutela Cautelar en la Ley...” op.cit., pags. 85 y 86.

⁴⁹² Léase la jurisprudencia: AAP Córdoba 3ª 12 abril 2002 (AC 2002, 697); AAP Cádiz 1ª 28 de octubre 2002 (JUR 200, 29889); AAP Cádiz 4ª 7 noviembre 2002 (JUR 2003, 71446).

⁴⁹³ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y...* op.cit., pag. 426 y 427; ORTELLS RAMOS, Manuel, *La Ley de...* op.cit., pag. 666; DI DORIO, Alfredo J., *Temas...* op.cit., pag. 111; y CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio, “Comentario al art. 141”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (director José Miguel Rodríguez Tapia) Editorial Aranzadi S.A., Pamplona 2007, pag 87; también del mismo autor, “Las Medidas Cautelares ‘inaudita altera parte’ en Propiedad industrial e intelectual” en *Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y de derecho de la competencia, Homenaje a A. Bercovitz*, Ed. Altés, Barcelona, 2005, pag. 229 y sgtes.

confirma estos dos criterios, al señalar que: “Las medidas sin audiencia tratan de evitar el riesgo de que su adopción resulte infructuosa bien porque un retraso en la tramitación del proceso cautelar conlleve un daño irreparable en el derecho del actor”⁴⁹⁴; o bien porque la advertencia previa al demandado comprometa la propia efectividad de las medidas, por ejemplo cuando haya un riesgo demostrable de destrucción de pruebas.

En resumen podemos indicar que la regla general es que se ponga en conocimiento de la parte afectada, con la solicitud de la medida cautelar, art. 733.1 LEC; y sólo excepcionalmente se adoptará la cautela sin oír al afectado cuando concurren razones de urgencia o que la audiencia previa comprometa el buen fin de la medida, art. 733.2 LEC. La LEC exige que el auto que contiene la medida cautelar adoptada *inaudita parte debitoris*, debe contener la motivación clara y el sustento de su decisión. Frente a la resolución que el juez dicte no cabe recurso alguno.

Por su parte el Código Procesal Civil peruano establece que todas las Medidas cautelares sin excepción, deben ser adoptadas sin escuchar a la parte afectada con la cautela, por lo tanto se prescinde de su intervención, limitándose el procedimiento cautelar a dos partes: solicitante y juez; esto según lo dispuesto por el artículo 637: “La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, en atención a la prueba anexada al pedido. Sin embargo, puede excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal. Al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación, que será concedida sin efecto suspensivo.” Sin embargo esta falta de notificación, es sólo respecto a la solicitud y dictado de la cautela, posteriormente el afectado tiene expedito su derecho para oponerse a la medida, ejerciendo su derecho de defensa.

En caso de que el tribunal no considere atendibles las razones expresadas para adoptar la medida sin escuchar al afectado, no significa que se vaya de denegar la tutela cautelar, sino únicamente la tramitación en forma excepcional solicitada. Entonces el juez de oficio, acordará que se siga el procedimiento ordinario de la cautela, es decir

⁴⁹⁴ AAP Ceuta 6ª., 5 de julio 2002 (JYR 2003, 69833); Auto Juzgado en lo Mercantil núm. 1 de Cádiz de 28 de diciembre de 2004 (AC 2004, 2075).

con previa audiencia del demandado, conforme al artículo 733.1 LEC.⁴⁹⁵ A pesar de esta decisión de oficio, sería prudente que el actor pidiera al juez de modo expreso que, si no encuentra razones para acordarlas sin oír al deudor, las acuerde previa audiencia.

Se debe tener en cuenta que la omisión de la intervención del afectado, suprimiéndose la audiencia en el procedimiento cautelar, de cierta forma se encuentra suplida en términos generales por la caución, puesto que ésta cubrirá todos los daños y perjuicios que pueda ocasionársele, constituyéndose en un paliativo de los efectos de la falta de bilateralidad.⁴⁹⁶

2.3.- Oposición a la medida acordada inaudita parte

Esta Oposición constituye la facultad que tiene el afectado de discutir las razones por las que se acordaron frente a él medidas cautelares sin haber sido previamente oído; asimismo podrá poner de relieve las razones por las que debe revocarse la medida cautelar y acordarse otra. Es necesario señalar nuevamente que la decisión que acordó la cautela sin audiencia previa es ya irreversible e irrevisable.⁴⁹⁷

La oposición deberá interponerse en el plazo de 20 días, art. 739 LEC. Estos 20 días se cuentan “desde la notificación del auto que acuerda las medidas cautelares”. Si se tomara esta norma literalmente, el cómputo se iniciaría el día de la notificación y vendría a ser una excepción al cómputo general de plazos establecido en el art. 133.1 LEC. Pero debe entenderse que el plazo comienza a correr desde el día siguiente al que se hubiera realizado el acto de comunicación, es decir que se deberá seguir lo establecido en el antes citado art. 133.1 LEC.

El escrito de oposición es una exposición de los motivos por los que debe alzarse la medida cautelar, cabe todo hecho que cupiera en la audiencia y que no se llevó a cabo, como por ejemplo: la ausencia de los requisitos del art. 726 LEC, ausencia del periculum in mora; y cualquier alegación sobre las razones por las que el juez acordó las medidas cautelares; incluso las razones por las que se acordó la medida *inaudita parte*

⁴⁹⁵ ALONSO SAURA, M.^a Pilar, *Clases de medidas...op.cit.*, pags. 59 y 60; asimismo en este sentido encontramos lo resuelto por el Auto de 20-05-2004 de la AP de Murcia, Sección 3.^a.

⁴⁹⁶ DI DORIO, Alfredo J., *Temas...op.cit.*, pags. 102 y 103.

⁴⁹⁷ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa... op.cit.*, pag. 745.

debitoris. Quien se opone puede ofrecer también caución sustitutoria, aunque ésta puede hacerse en cualquier momento del proceso. El afectado puede alegar como causas de oposición todas las que existían en el momento en que el actor solicitó la medida cautelar, y también todos los hechos y circunstancias ocurridos con posterioridad. No rige aquí preclusión alguna, pues de lo que se trata es de dilucidar si la medida cautelar es o no procedente; y no parece razonable que el juez mantenga una medida cautelar que ha dejado de ser necesaria, sólo porque los hechos que la hacen innecesaria sean posteriores a la petición.

La sustanciación de la oposición es igual a la ordinaria: del escrito de oposición se da traslado al actor y se convoca a las partes a una vista, según el art. 741 en relación al art. 734 LEC. Celebrada la vista, en el plazo de cinco días, el juez decide por auto. Si entiende que debe alzar las medidas acordadas, lo hará así y condenará al actor en costas y a indemnizar daños y perjuicios, art. 742 LEC. Si las mantiene, condenará en costas al demandado, según las reglas generales. La estimación puede ser también parcial: manteniendo alguna medida cautelar y revocando otra o cambiando el contenido de las ya acordadas.⁴⁹⁸

Cualquiera que sea su contenido, el auto que resuelve la oposición es apelable sin efectos suspensivos, de acuerdo al art. 741.3 LEC. El recurso de apelación cabe también frente al pronunciamiento que decida sobre la caución sustitutoria.

3.- Iniciativa de parte

El inicio de proceso cautelar está supeditado a la iniciativa de parte, se proscribe la adopción de cualquier tipo de medida cautelar de oficio. Es necesario e indispensable que una persona solicite expresamente el despacho de una medida cautelar. La persona que tenga el temor de que se violará uno de sus derechos en el futuro o que actualmente está sufriendo una violación, debe solicitar por escrito al órgano jurisdiccional que expida una resolución judicial que conceda una medida cautelar, ordenando la protección específica para el caso en concreto.

⁴⁹⁸ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...* op.cit., pag. 750 y 751.

La iniciativa de parte responde al principio dispositivo del proceso, y la tutela cautelar también se rige por este principio, ya que se exige instancia de parte para la adopción de medidas cautelares según lo establecido en el artículo 721.1 LEC, y de aportación de parte, dispuesto en los artículos 732 y 734 LEC.⁴⁹⁹

El carácter dispositivo de la medida cautelar impide que la tutela cautelar pueda ser otorgada de oficio, de acuerdo a lo establecido en el artículo 721.2 LEC; asimismo ésta requiere previa solicitud y la necesidad de señalar con claridad y precisión expresamente la medida específica y determinada que para el supuesto concreto deba acordarse, además de la clase de medida; estos requisitos se encuentran establecidos en el artículo 732.1 LEC.⁵⁰⁰

Por su parte, en el Código Procesal Civil peruano, si bien es cierto no se señala expresamente que el proceso para obtener una medida cautelar se inicia a instancia de parte, esto se puede deducir claramente de lo dispuesto en el artículo 637, denominado “Trámite de la medida cautelar”, en el cual se establece claramente que para darle inicio es necesaria “la petición cautelar” como le denomina, siendo imposible cualquier tipo de adopción cautelar de oficio.

Para la protección de los derechos de autor puede solicitar el despacho de la medida cautelar, el titular del derecho, o sus herederos en caso de que el autor haya fallecido, asimismo las “entidades de gestión” a quienes se les haya confiado la protección de estos derechos, siempre y cuando estas últimas acrediten tener la representación otorgada por el autor o sus herederos. La entidad de gestión necesitará de una norma que la habilite para ejercer procesalmente los derechos que ha gestionado de modo conjunto, y esa actuación se encuentra amparada por el art. 150 LPI. La legitimación extraordinaria del art. 150 LPI es la consecuencia necesaria en el plano procesal de la actuación que desarrollan las entidades de gestión en el ámbito material.⁵⁰¹

⁴⁹⁹ ALONSO SAURA, M.^a Pilar, *Clases de medidas...op.cit.*, pag. 34.

⁵⁰⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel, “La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia”, *Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. 44. Estudios de Derecho Judicial*, Madrid 2004, pag. 661.

⁵⁰¹ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela Judicial Civil de la Propiedad Intelectual*, La Ley-Actualidad, S.A., Madrid, 2003, pag. 202.

Para la incoación de la demanda no es necesario llevar a cabo ningún procedimiento previo, incluso cuando la presunta infracción es cometida por un Ente público (Emisoras municipales, nacionales, TV estatal, autonómica, etc.) no es precisa la reclamación previa administrativa. Tal como se señala en la SAP Barcelona 24 Jul. 1990, RGD 1990, pág. 1785: "...pero tal alegación no puede ser acogida, a) por tratarse de la adopción de medidas de carácter urgente y expeditivo, contrario a la dilación que supondría dicha exigencia, y b) porque de la interpretación combinada de los arts. 533 7º LEC y del ya citado art. 138 LPA (Ley de Procedimiento Administrativo) y concordantes de la legislación de régimen local se deduce que la reclamación administrativa previa será necesaria en aquellos casos en que la administración actúe conforme a la legalidad vigente y dentro de la esfera de su competencia, es decir, cuando exista un acto administrativo, pero no en los supuestos en que se acude a la denominada "vía de hecho", habiendo sido considerada como tal vía por nuestra jurisprudencia, a falta de un concepto técnico, cuando la Administración actúa de modo arbitrario (STC 18 Ene. 1974) o cuando los actos se producen con manifiesto abuso de poder (STS 3 Nov. 1983) o cuando se actúa al margen de la legalidad vigente (STS 17 Ene. 1974) lo cual ocurre en el caso que nos ocupa como a continuación veremos..."

4.- Momento de la solicitud

En términos generales, la medida cautelar puede ser solicitada en dos momentos, en principio puede solicitarse antes del inicio del proceso principal, o puede también solicitarse en el mismo instante en que se inicia el proceso principal, es decir junto a la presentación de la demanda; en este segundo caso, el actor solicita tutela principal y cautelar en un mismo momento. Y sólo excepcionalmente se puede solicitar la medida cautelar después de iniciado el proceso principal, pero se deben señalar cuáles son las razones y la situación que ha variado desde el inicio del proceso principal, que en ese momento recién justifica la adopción de una medida cautelar.

En España, los diferentes momentos para solicitar la medida cautelar se encuentran establecidos en el artículo 730.1 y 730.2 de la LEC. Por su parte, el Código Procesal Civil peruano establece en el artículo 608, que puede solicitarse una medida cautelar antes de iniciado el proceso o durante éste; no se toma como excepcional la

solicitud de medida cautelar con posterioridad a la presentación de la demanda; como podemos ver, la legislación peruana es más flexible, puesto que puede solicitarse la cautela en cualquier momento, mientras prosiga el proceso principal, sin necesidad de justificar cuál es la situación que se ha modificado desde la interposición de la demanda.

DEVIS ECHANDIA respalda esta flexibilidad del momento de solicitar una medida cautelar, indicando que dado que el proceso cautelar es la forma de dar una solución preventiva y provisional a la situación anormal discutida en el proceso principal, el proceso cautelar puede llevarse a cabo antes que el proceso principal se inicie o después de iniciado éste, mientras concluye su trámite.⁵⁰²

En conclusión existen tres momentos distintos para solicitar las medidas cautelares: A.- antes de la demanda, B.- junto con la demanda, y C.- después de presentada la demanda. Ahora analizaremos cada una:

A.- Petición de medida cautelar antes de la demanda

Estas medidas cautelares *ante demandam* está sometida a los mismos presupuestos de toda medida cautelar más que existan razones de “*urgencia o necesidad*”. En la práctica pueden alegarse ambas, aunque basta con acreditar una de ellas. El procedimiento para acordar –o denegar– la medida cautelar *ante demandam* es el previsto con carácter general, art. 732 y siguientes de la LEC. El juez podrá acordarlas con o sin audiencia de la contraparte, siempre que el solicitante así lo pida, sujetándose a los requisitos del art. 733 LEC.⁵⁰³

Para el caso especial de los derechos de autor, dada la urgencia y peligro de que se produzcan daños irreparables, usualmente la solicitud de la medida cautelar es anterior al inicio del proceso principal. Precisamente por estas características especiales, las pretensiones de suspensión y prohibición podrán ser satisfechas sólo si se conceden

⁵⁰² DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Nociones generales...* op.cit., pag. 143.

⁵⁰³ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. El proceso ordinario de ejecución: el nuevo juicio ejecutivo; los demás procesos de ejecución especiales y las medidas cautelares*. Iurgium editores. Madrid, 2001, pag. 738. Véase también la siguiente jurisprudencia: AAP Barcelona 12ª 30 noviembre 2002 (JUR 2003, 99696); SAP Murcia 2ª 16 noviembre 2002, (JUR 2003, 72203); AJPI Santa Cruz de Tenerife 25 marzo 2003 (AC 2003, 408); SAP Álava 2ª 19 de marzo 2003 (AC 2003, 1036).

las medidas cautelares antes de la presentación de la demanda. De no ser así, la continuación del proceso principal carecería de sentido para el actor. Por otra parte, también podría darse la situación contraria, es decir que una vez concedida la medida cautelar, desaparece la necesidad de la tutela jurídica del proceso principal. Pero esta situación no afecta de ninguna forma, la verdadera función de la medida cautelar, puesto que sólo cuando se obtiene ésta oportunamente, se evita la consumación de la actividad infractora, aunque en muchos casos, las medidas cautelares luego caduquen por falta de presentación de la demanda. Esto sin perjuicio, de que el actor tendría que pagar el coste que para el demandado supuso la medida cautelar que se levanta.⁵⁰⁴

Como señalamos anteriormente, quien solicite la cautela debe exponer y acreditar fehacientemente las razones de urgencia o necesidad. Corresponde al juzgado apreciar y evaluar las razones expuestas, que deberán concurrir, en caso contrario pueden convertirse en causas autónomas de denegación de las medidas cautelares. La resolución que deniega la medida solicitada alcanza sólo a la facultad procesal de pedir las medidas cautelares *ante demandam*, de suerte que, aun denegadas, el solicitante puede reproducir la petición junto con la demanda principal.

Asimismo el juez debe estar convencido de que efectivamente se pretende asegurar una futura ejecución; y no ejercer una presión directa e inmediata sobre la voluntad del demandado.⁵⁰⁵

La LPI establece que una vez adoptada la medida cautelar antes de iniciado el proceso principal, el solicitante se encuentra obligado a presentar la demanda dentro del plazo de veinte días previsto por la LEC.⁵⁰⁶ De no incoar la demanda, la medida cautelar queda sin efecto. El tribunal de oficio ordenará que se levanten todos los actos realizados para el cumplimiento de la cautela, condenando al solicitante al pago de costas, y en caso de haber ocasionado daños y perjuicios al sujeto pasivo de la medida, se declarará responsable al solicitante de la misma.

⁵⁰⁴ CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios...* op. cit., pag. 1707

⁵⁰⁵ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...* op.cit., pag. 723.

⁵⁰⁶ CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios...* op.cit., pag. 1706.

B.- Petición de medida cautelar junto con la demanda

Usualmente en la práctica, los abogados suelen presentar la solicitud de medida cautelar juntamente con el escrito de demanda. Esto se debe a que la LEC no exige ningún requisito especial para esta solicitud, a diferencia de las cautelas que se solicitan en otro momento.

La petición de medidas cautelares en el mismo cuerpo de la demanda tiene al menos dos ventajas: permite al acto aprovechar la narración de hechos realizada en la demanda para fundar el “*fumus boni iuris*”, pues como regla, son comunes los hechos en los que se apoya el fondo del asunto y los que fundan la medida cautelar; y le permite, además, referirse a todos los documentos o medios de prueba que se adjuntan a la demanda (informes periciales, medios de reproducción de la palabra o imagen, informes elaborados por profesionales de la investigación privada) sin necesidad de duplicarlos.⁵⁰⁷

C.- Petición de medida cautelar posterior a la demanda

Según lo dispuesto por la LEC cuando se solicita la medida cautelar después de iniciado el proceso principal, se deben señalar cuáles son las razones, los hechos, las circunstancias y la situación que ha variado desde el inicio del proceso principal, que en ese momento recién justifica la adopción de una medida cautelar. Lo usual es que utilice esta posibilidad el demandado que reconviene o quienes sean admitidos como intervinientes. En ambos casos, creemos que no sería necesario que sustenten las razones que justifiquen la demora, puesto que la razón de solicitar las medidas cautelares con posterioridad resulta evidente.

La nueva LEC es demasiado ambigua. No dice, como sí dice en otros casos como para la cosa juzgada, art. 222.2, o, para los documentos, art. 270; que la petición deba basarse en hechos posteriores a la presentación de la demanda, o hechos que hayan llegado a conocimiento del solicitante después de interpuesta la demanda: basta con que los hechos o las circunstancias “justifiquen la solicitud en esos momentos”. Esto

⁵⁰⁷ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...* op.cit., pag. 734.

conlleve a que deja abierta la posibilidad de que sea, al sólo criterio del juez, cualquier hecho o cualquier circunstancia, aun anterior a la presentación de la demanda.

En la práctica no será fácil encontrar un hecho o circunstancia que no sea posterior o desconocido en el momento de presentación de la demanda y que, a la vez, sea suficiente para fundar la petición de las medidas cautelares. Creemos que en primera instancia se fundará en hechos nuevos, por ejemplo el aumento de riesgo de que la sentencia no pueda ser ejecutada; mayor probabilidad de insolvencia; escasez en el mercado de la cosa genérica que se reclama en la demanda, etc. También podrá fundarse en hechos que, sin ser nuevos, el demandante desconocía en el momento de interponer la demanda, como por ejemplo la intención de iniciar la comercialización de un cierto producto. Entre los nuevos hechos o nuevas circunstancias uno de los más frecuentes puede ser el incumplimiento o la ineficacia sobrevenida de las medidas cautelares anteriormente acordadas.⁵⁰⁸

5.- Contenido de la solicitud de medida cautelar

En términos generales, la petición de medidas cautelares se realiza junto con la demanda principal, 730.1 LEC. Esta regla general, responde a la radical instrumentalidad y accesoriedad de las medidas cautelares respecto de un proceso de declaración que efectivamente se sustancia y mientras se sustancia.⁵⁰⁹ Pero para nuestro estudio, el caso es diferente, puesto que para proteger son los derechos de autor, muchas veces la solicitud de medida cautelar deberá ser anterior a la presentación de la demanda.

El solicitante debe ofrecer los elementos que permitan al juez formarse criterio sobre la petición. Normalmente según la práctica forense, en la solicitud se incluye:

- a) Si las medidas cautelares se solicitan previamente al inicio del proceso

⁵⁰⁸ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...* op.cit., pag. 741. Véase también las resoluciones: ATS 1ª 14 diciembre 2001 (RJ 2002, 1528); AAP Asturias 4ª 20 mayo 2002 (AC 2002, 1054).

⁵⁰⁹ Respecto a la fundamentación de la solicitud cautelar léase la resolución: AAP Las Palmas 5ª 7 noviembre 2002 (JUR 2003, 81193).

principal el solicitante debe acreditar las razones de urgencia o necesidad precisas que sustentan la necesidad de acordar las medidas cautelares antes de presentar la demanda. Si se piden con posterioridad a la demanda o reconvencción debe precisar cuáles son los hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos.

b) La enumeración de la concreta o concretas medidas cautelares que se solicitan; porqué son necesarias para asegurar la ejecución, siguiendo lo establecido en el art. 721 1 LEC; asimismo deberá señalar porqué son exclusivamente conducentes a hacer posible la tutela judicial que pudiera otorgarse, art. 726 1. 1ª LEC; y porqué son, de entre todas las que pudieran acordarse, son las menos onerosas para el demandado, art. 726 1. 2ª LEC.

c) La justificación cumplida de los presupuestos que condicionan la adopción de la medida cautelar, establecidos en el art. 728 LEC. El juez deberá apreciar con mucha prudencia, la concurrencia del *fumus boni iuris* y *el periculum in mora*. Dice el TC que deben examinarse estos requisitos esenciales (STC 148/1993, de 29 de abril y ATC 125/1997, de 5 de mayo), de tal modo que se evite que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede, contra lo dispuesto en el art. 24. 1 CE, desprovisto de eficacia (SSTC 14/1992, de 10 de febrero y 238/1992 de 27 de diciembre). De la misma forma el juez analizará si la solicitud contiene los demás elementos necesarios establecidos en el art. 732 LEC.

d) El ofrecimiento de caución, especificando de qué tipo o tipos se ofrece constituirla y justificando el importe que se propone, según lo prevé el artículo 732.3 concordado con el último párrafo del artículo 529 LEC.

e) Los documentos y demás medios de prueba con los que piensa justificar la petición de medidas cautelares. En el caso de infracción de derechos de autor se solicitará la juez, ordene las investigaciones necesarias y los requiera todos los informes necesarios para resolver la medida, según lo dispone el segundo párrafo del art. 732 2 LEC.⁵¹⁰

⁵¹⁰ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...* op.cit., pag. 735.

El cumplimiento de estos requisitos y la carga de probar todos estos hechos corresponde a quien pide las medidas cautelares “justificando cumplidamente”, art. 732.1 LEC; pero sin prescindir del art. 217.6, referido a la carga de la prueba. La facultad de proponer prueba precluye para el solicitante con la misma petición, art. 732.2, párrafo 2º.

6.- Vista y Audiencia en el procedimiento cautelar

La vista que se realiza para resolver la adopción de las medidas cautelares se desarrolla conforme a las reglas generales del art. 182 y sptes. LEC. Si el solicitante no acude a la vista, se le tiene por desistido, siendo condenado al pago de costas⁵¹¹; si no asiste el demandado la vista continúa con el actor.

La vista se inicia con la exposición de las peticiones del actor o reconviniendo y demandado o reconvenido, que debe guardar la debida correlación con la solicitud realizada. Las alegaciones deberán ser medidas, limitadas a los requisitos de las medidas cautelares, tratando de evitar que se conviertan en largas exposiciones en las que se argumenta sobre la cuestión de fondo, que es objeto de litigio.

Las alegaciones de especial importancia son las referidas a la caución o contracautela, tipo y cuantía, así como, en su caso, el ofrecimiento de caución sustitutoria, según el art. 734.2.2 LEC. Para esto el juez o presidente del tribunal colegiado concederá los necesarios trámites de réplica y contrarréplica para el actor cuando el demandado pretenda enervar la cautela mediante la prestación de caución sustitutoria, en los términos previstos en los arts. 746 y 747 LEC.⁵¹² (pag. 743)

En la vista, el juez decide sobre la admisión de las pruebas que pidió el actor. Si no admite alguno, o ninguno de los medios de prueba, solamente cabe “protesta” de la que habla el art. 734.3, para cuando se apele el auto que decida sobre las medidas cautelares, según lo dispuesto por el art. 735.2 párrafo 2º y el art. 736 LEC. Como sabemos, en el escrito en el que se solicita la medida cautelar, el actor debe proponer

⁵¹¹ En este sentido la resolución: AAP León 2ª 10 mayo 2002 (JUR 2002, 198448).

⁵¹² FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...* op.cit., pag. 743.

todas la pruebas de la que piensa valerse, pues con ese escrito precluye para él la facultad de proponerla.

La denominada “protesta” se encuentra establecida en la LEC. Su importancia radica en que condiciona la efectividad de muchos recursos, puesto que no procederán si la parte perjudicada no formuló en su oportunidad la protesta. De “protesta” hablan, entre otros, el art. 138 3, referido a la publicidad de las actuaciones orales; los arts. 285.2 y 369.2, sobre admisión de pruebas; el art. 446 sobre prueba ilícita; el art. 460.2 párrafo 1º, sobre prueba en segunda instancia y el art. 734.3 sobre vista en medidas cautelares. Legalmente la protesta no tiene ningún efecto en el momento procesal en que se hace, pero es necesaria posteriormente porque: a) el art. 459 condiciona la posibilidad de alegar en el recurso de apelación la infracción de normas o garantías procesales en la primera instancia en estos términos; b) el art. 469. 2 que supedita la admisión del recurso extraordinario por infracción procesal a la inmediata denuncia del vicio o defecto producidos. Además, el art. 44.1 c) LOTC exige como presupuesto para recurrir en amparo, “que se haya invocado formalmente en el proceso el derecho constitucional vulnerado, tan pronto como, una vez conocida la violación, hubiere lugar para ello”.⁵¹³

A continuación se actuarán las pruebas que el actor haya solicitado en su escrito inicial y hayan sido admitidas. El demandado propondrá y practicará la prueba en el acto de la vista al tiempo que realiza su exposición de hechos. Así los establece el art. 734.2 LEC cuando dispone que las partes podrán servirse de cuantas pruebas dispusieran, siempre que hayan sido admitidas y fuesen pertinentes.

Frente a las resoluciones dictadas durante la sustanciación de las medidas cautelares, como son: las providencias de admisión, el señalamiento de vistas, la admisión o denegación de pruebas, no cabe recurso alguno. El recurso de reposición que como regla general concede el art. 451 LEC, queda sustituido por una “protesta”, que como lo señalamos anteriormente no es sino un simple requisito formal, que faculta para reproducir esa cuestión en el recurso que se interponga frente al auto que resuelve sobre las medidas cautelares. Asimismo la decisión que resuelve sobre si ha de otorgarse o no audiencia no es recurrible, aunque sí debe ser motivada, art. 733.2 in fine

⁵¹³ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...* op.cit., pag. 742.

LEC. Y viene a ratificar la doctrina constitucional sobre la relatividad de los errores de procedimiento cometidos durante la sustanciación cautelar salvo que comportase efectiva pérdida de garantías y la inexistencia de indefensión para las medidas cautelares otorgadas sin audiencia, siempre que posteriormente resulte posible la oposición.⁵¹⁴

7.- Resolución que dicta la medida cautelar

El órgano jurisdiccional una vez recibe la solicitud de una medida cautelar, debe resolver esta a través de un auto, éste deberá contener la decisión de conceder o no la medida cautelar, o si es el caso adecuar la medida que sea menos gravosa para el afectado y más conveniente para asegurar la decisión final. A esta actividad de resolver la solicitud cautelar CARNELUTTI la denomina “proveimiento cautelar”⁵¹⁵ señalando que consiste en la decisión del órgano jurisdiccional, que contiene la determinación del estado jurídico impuesto para el arreglo provisional del litigio; y puede consistir, además, cuando haya necesidad de ello, en la ejecución forzosa de la decisión misma.

La resolución judicial que despache la tutela cautelar solicitada debe indicar claramente cuál es la medida cautelar adoptada; la decisión debe ser muy detallada, señalando de forma minuciosa cuál es la orden que constituye la cautela, es decir debe especificar lo que el afectado tiene que hacer, dejar de hacer o deshacer en cada caso, y en ocasiones debe indicar cuáles son los bienes de su propiedad que serán afectados con la medida; además, con respecto al solicitante de la medida debe señalar, el monto y la forma de la caución.

El juez deberá cumplir con la tarea de establecer que concurren todos y cada uno de los requisitos para la adopción de la medida cautelar; desde los más formales, que se refieren a la admisibilidad, como son: jurisdicción, competencia, personalidad, plazos, etc.; hasta aquellos requisitos que condicionan el fondo o, si se prefiere, los requisitos necesarios para que la medida cautelar sea concedida, especialmente, la real existencia

⁵¹⁴ STC 14/1992 y ATC 186/1983. También STC 238/1992. 148/1993, 218/1994; asimismo leer a FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...*op.cit., pag. 744.

⁵¹⁵ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema...*op.cit., vol. I, pag. 387.

de *periculum in mora* y las razones por las que el juez entiende la justificación inicial del derecho, *fumus boni iuris*.⁵¹⁶ Todo esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 735 LEC.

Además de las generales, la LEC exige al juez que, en el auto que concede las medidas cautelares se pronuncie sobre dos cuestiones de importancia: a) La concreta medida cautelar que el juez acuerda y el régimen jurídico a que la medida cautelar estará sometida, art.735.2 LEC. Cuando una medida cautelar es “típica” o “tradicional” como un embargo preventivo; la práctica consolidada y el art. 738 ofrecen al juez indicaciones sobre cuál es el contenido o régimen jurídico, de esa concreta medida cautelar. Si la que se acuerda es una medida cautelar que contiene órdenes de hacer, de entregar la posesión de cosas, prohibiciones de contenido variado, es obligación positiva del juez precisar, en el auto que las acuerda cuál es su régimen jurídico. Por ejemplo: si el juez ordena al demandado, que es un comerciante, que no disponga ni enajene sus bienes, ni los sitos en España ni los que están en el extranjero, debe precisar qué bienes puede entregar, porque así lo exige la naturaleza de su negocio, y cuáles no; y qué pagos puede hacer y recibir, porque así lo exige la naturaleza de su negocio, y cuáles no. Y debe, además, establecer un sistema de control periódico, con un interventor, que le permita seguir el cumplimiento de la medida cautelar. b) La forma, cuantía y tiempo en que debe presentarse la caución. Sobre el modo en que debe prestarse la fianza el juez está vinculado por lo que le ordena el art. 728.3 y 529; pero además debe decidir sobre la cuantía y sobre la forma y circunstancias en que debe ser prestada. Ejemplo: es cada vez más frecuente que la fianza sea de cuantía variable, o que aun siendo fija, se preste conforme se presentan o no ciertos acontecimientos para el caso en concreto.⁵¹⁷

Por el contrario, si el juez decide no otorgar la cautela, expide un auto denegatorio, siempre exponiendo el sustento, los fundamentos y las circunstancias de su decisión⁵¹⁸, tal como lo prevé el artículo 736 LEC.

⁵¹⁶ AAP Madrid, Secc. 14ª, 24 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 49067); AAP Valladolid, Secc. 3ª, 28 de junio de 2002, (AC 2002, 1198).

⁵¹⁷ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...* op.cit., pags. 746 y 747. Véase también la jurisprudencia: AAP Madrid 18ª 5 mayo 200 (AC 2000, 1999); AAP Asturias 4ª 20 mayo 2002 (AC 2002, 1054); AAP Las Palmas 5ª 7 noviembre 2002 (JUR 2003, 81193); AAP Barcelona 18 noviembre 2002 (JUR 2003, 61608); AAP Zaragoza 11 enero 2003 (JUR 2003, 36042); AAP Huesca 15 mayo 2003 (JUR 2003, 167240); AAP Valencia 7ª 12 febrero 2003 (AC 2003, 1326).

⁵¹⁸ Respecto a casos de improcedencia, las resoluciones: ATS, 3 de mayo de 2002 (RJ 2002, 7788); AAP Valencia, Secc. 9ª, 15 de enero de 2003 (JUR 2003, 75475); AAP Madrid, Secc. 12ª, 13 de enero de 2003

La resolución que contiene la tutela cautelar, no puede constituir una medida más gravosa que la solicitada; siempre debe existir cierto equilibrio entre el derecho que se pretende proteger y la intervención que sufre el afectado. DI DORIO a esto le denomina “discrecionalidad”⁵¹⁹ del juez, entendida como la facultad que tiene para evitar que la cautela ocasione perjuicios graves e innecesarios, existiendo la posibilidad de sustituirla por otra medida igualmente eficaz, siempre y cuando cumpla con la finalidad de protección del derecho solicitada. Esta discrecionalidad encuentra su explicación en que quien pide la medida, actuando de mala fe, muchas veces intenta perjudicar al afectado presionándolo para que llegue a un acuerdo conciliatorio desventajoso. El juez no debe prestarse a que la función jurisdiccional sea usada con fines extorsivos. COLOMBO afirma que: “...estas normas concretan el principio de humanización del proceso, que tiende a dar relevancia al factor social, intrínseco en todo proceso”.⁵²⁰

Dentro de esta discrecionalidad del juez para sustituir las cautelas podemos encontrar los siguientes ejemplos: tal vez baste con la anotación preventiva de demanda cuando lo que el actor pidió fue una prohibición de disponer; o tal vez basta con la intervención judicial, cuando lo pedido fue la administración judicial, o quizá baste con el embargo de cuentas corrientes o títulos valores cuando lo pedido fue el embargo de bienes inmuebles; o baste con el embargo de títulos valores realizables en el acto cuando lo pedido fue el embargo de cuentas corrientes. Esta es una importante novedad en la LEC, pues como los señalábamos anteriormente, exige al juez de una forma positiva y directa que, antes de acordar o denegar la medida cautelar que el actor le solicite, se plantee de oficio y decida de forma motivada, si, en vez de la pedida, debe acordar otra medida cautelar menos gravosa para el demandado pero igualmente eficaz para asegurar una eventual ejecución, y si entiende que tal medida no existe, por qué no.⁵²¹

(JUR 2003, 127688); AAP Baleares, Secc. 3ª, 9 de septiembre de 2002 (JUR 2003, 27886); SAP Valencia, Secc. 11ª, de 16 de mayo de 2002 (JUR 2002, 231463); SAP Toledo, Secc. 1ª, 3 de mayo de 2002 (JUR 2002, 174094); AAP Girona, Secc. 2ª., 9 de abril de 2002 (JUR 2002, 183524).

⁵¹⁹ DI DORIO, Alfredo J., *Temas...op.cit.*, pags. 107 y 108.

⁵²⁰ COLOMBO, Carlos J., *El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo II, Bs. As. 1969, pag. 231.

⁵²¹ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa... op.cit.*, pag. 687.

El juez puede adoptar cualquiera de las medidas cautelares que considere más adecuadas y pertinentes para el caso concreto. Incluso el juez tiene la potestad de sustituir la medida cautelar solicitada por otra igualmente eficaz, que sea menos gravosa o perjudicial para el demandado. No supone fraude de ley el hecho de que el actor solicite la adopción de una medida cautelar más grave; precisamente en estos casos el juez deberá sustituirla por otra menos gravosa.⁵²²

“El hecho de que la actora haya solicitado la adopción de las más graves a juicio de la recurrente, no implica un fraude de la Ley, el cual requiere que los actos realizados al amparo de una norma persigan un resultado prohibido en el ordenamiento lícito y se encamina al logro de una pretensión dentro del orden jurídico, lo cual acontece en el presente supuesto, no pudiendo acogerse tampoco la alegación de la demandada de que la SGAE pretende la adopción de las medidas solicitadas como vía de presión para forzar a ...” SAP Barcelona 24 de julio 1990 ⁵²³.

8.- Ofrecimiento de caución

En principio y como señalábamos anteriormente la caución no es un presupuesto de la tutela cautelar, los presupuestos que deben concurrir son sólo el *fumus boni juris* y el *periculum in mora*. El juez debe comprobar la existencia de ambos para dictar la cautela, sin embargo la solicitud debe cumplir ciertos requisitos, y uno de ellos es precisamente el otorgamiento de una caución. Entonces como el mismo nombre lo señala, los presupuestos deben preexistir al pedido de la cautela, mientras que la caución es un requisito que debe cumplirse al momento de la solicitud de la cautela. La caución es un requisito del pedido de medida cautelar que deberá cumplir el solicitante para que el juez despache la ejecución de la cautela específica.

⁵²² SAP Barcelona 24 Jul. 1990, RGD 1991, pag. 1785 “El hecho de que la actora haya solicitado la adopción de las más graves a juicio de la recurrente, no implica un fraude de la Ley, el cual requiere que los actos realizados al amparo de una norma persigan un resultado prohibido en el ordenamiento lícito y se encamina al logro de una pretensión dentro del orden jurídico, lo cual acontece en el presente supuesto, no pudiendo acogerse tampoco la alegación de la demandada de que la SGAE pretende la adopción de las medidas solicitadas como vía de presión para forzar a ...”

⁵²³ SAP Barcelona 24 de julio 1990⁵²³, RGD 1991, pag. 1785.

La caución es la garantía que debe otorgar el solicitante de tutela cautelar, para cubrir y responder por los daños que pueda ocasionar al demandado afectado, esta garantía puede ser real o en dinero.⁵²⁴ El tratadista CALAMANDREI, la denomina “caución procesal”, afirma que consiste en la imposición por parte del juez de una “garantía”; esta caución funciona como aseguramiento preventivo del eventual derecho al resarcimiento de los daños, que podrá surgir si en el proceso definitivo la medida cautelar es revocada, a favor de aquél contra quien ha sido ejecutada.⁵²⁵ La caución se utiliza para realización de determinados actos procesales concretos; debe ser determinada por el juez, y declarada en un resolución judicial. La caución se refiere a una medida cautelar, debe ser parte de la misma y complemento. Se constituye en una carga procesal que deberá cumplir previamente el solicitante, para proceder a la ejecución de la medida. No se puede distinguir en la caución verdaderos presupuestos, sino tan sólo situaciones jurídicas procesales condicionadas a su efectiva prestación. Tiene de cierta forma una finalidad cautelar pero no constituyen tutela cautelar jurisdiccional.⁵²⁶

Por su parte CHIOVENDA señala que la caución funciona, en calidad de cautela de la cautela, por un lado la tutela cautelar cumple la función de prevenir los daños que podrían nacer del transcurso del tiempo necesario para que se dicte la decisión en el proceso principal, por lo que la caución que debe otorgar el solicitante de la cautela sirve para asegurar el resarcimiento de los daños que podrían causarse a la contraparte, y de este modo restablece el equilibrio entre ambas.⁵²⁷

La caución está destinada a asegurar a la parte que sufre la cautela el resarcimiento del perjuicio que ésta puede causar.⁵²⁸ La caución protege al afectado, de los posibles daños que pueden causarle la ejecución de la tutela cautelar. Si la sentencia del proceso principal no reconoce la pretensión del demandante, declarándose infundada la demanda, el demandado podrá solicitar la indemnización de los daños que

⁵²⁴ Respecto a la caución: AAP Barcelona, Secc. 17ª, 26 de marzo de 2002 (JUR 2002, 163185); AAP Cádiz, Secc. 7ª, 11 de febrero de 2002 (JUR 2002, 113955).

⁵²⁵ CALAMANDREI, Piero, *Introducción...* op.cit., pag. 63.

⁵²⁶ SERRA y RAMOS MENDEZ, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 76 y 77.

⁵²⁷ CHIOVENDA, Giuseppe, *Instituciones de derecho procesal civil (Istituzioni di diritto processuale civile)*, traducción de la segunda edición italiana y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. Volumen I, Conceptos fundamentales, la doctrina de las acciones, 1a. ed, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936, pág. 251; CALAMANDREI, Piero, *Introducción...* op.cit., pag. 64.

⁵²⁸ DI DORIO, Alfredo J. *Temas...* op.cit., pag. 102.

le hubiere ocasionado la cautela. Podemos apreciar que existe una relación entre la caución y la apariencia del buen derecho, puesto que mientras mayor sea la convicción acerca del derecho que sustenta la cautela, menor será la cuantía de la caución, y en caso contrario, la caución que determine el juez será mayor si no se acredita fehacientemente el aparente derecho con el que solicite la tutela cautelar.

La caución puede otorgarse a través de una fianza, puesto que al ser netamente monetaria, cubriría, de ser el caso, los posibles daños que pueden ocasionarse. Ahora bien la fianza es sólo una de las formas que puede adoptar la caución, puesto que podría presentar otras formas como: la garantía pignoratícia e hipotecaria, un aval bancario etc.⁵²⁹ siempre y cuando, a criterio del juez pueda constituir, de darse el caso, una indemnización adecuada. Es necesario aclarar que la caución no constituye una indemnización en sí, sino que en ciertas ocasiones y sólo cuando se haya probado que la ejecución de una medida cautelar ha ocasionado un daño, es que podrá repararse a través de la caución.

La caución tiende a procurar una posición de las partes más equilibrada y establecer condiciones de mejor reparabilidad, dado el limitado alcance con que se analiza la petición y que puede ser finalmente rechazada. Y, según el Tribunal Constitucional ⁵³⁰ no lesiona el derecho a la tutela la prestación de una fianza elevada, aunque el que solicita la medida cautelar carezca de recursos para prestarla.

⁵²⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel y CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La Tutela...op.cit.*, pag. 16 y 17.

⁵³⁰ STC 202/1987 de 17 de Diciembre: "... se dice por el recurrente que no es razonable exigir a un litigante con derecho de justicia gratuita reconocido, la prestación de una fianza de veinticinco millones de pesetas, porque hace inútil e impide el ejercicio de su derecho. Eliminada la tesis de la extensión del beneficio de justicia gratuita a la exigencia de fianza, y circunscrito el problema a la jurisdicción civil y a las relaciones *inter privatos*, cobra todo su interés el recuerdo de la naturaleza de la anotación preventiva de demanda y la consiguiente facultad judicial de exigencia de caución para acordarla. ... no puede decir esa parte que su derecho al proceso le ha sido impedido por el Auto en cuestión. Lo que dicha resolución le ha suspendido –no impedido– es la constatación registral de una petición accesoria del derecho principal y material que ejercita en el proceso en el que esa petición se formula, proceso que sigue sus trámites y en el que se decidirá en consecuencia. La anotación preventiva de su demanda no afecta al fondo de su derecho, respecto del cual se dará respuesta en Sentencia. La anotación es sólo una garantía de la ejecución, en su caso, y la vicisitud positiva o negativa de su acuerdo no impide el ejercicio del derecho principal, aunque la negativa pueda significar un inconveniente o una mayor dificultad hipotética es también la que pueda afectar a la parte demandada, a quien la Ley protege también con la fijación y exigencia, en su caso, de la fianza. No puede, pues, considerarse que en este contraste de intereses privados distintos se vulnere la tutela judicial por condicionar a una fianza, cuya adecuación se razona por el juez, la concesión de una petición accesoria de garantía que ha de alcanzar (la garantía) a las dos partes enfrentadas, y que en modo alguno impide que el proceso siga su curso". En el mismo sentido: AAP Santa Cruz de Tenerife 4ª 25 febrero 2002 (AC 2002, 642); AAP Córdoba 3ª 12 abril 2002 (AC 2002,

El artículo 728.3 LEC establece que la caución deberá ser prestada por el solicitante, en cantidad suficiente para responder, de manera rápida y efectiva, por los daños y perjuicios que la adopción de la cautela pudiera causar al patrimonio del demandado. El juez determinará libremente el monto de la caución; el segundo párrafo del art. 728.3 LEC le aconseja que tenga en cuenta, sobre todo, dos criterios: a) La naturaleza y contenido de la pretensión. Que debe entenderse a la concreta medida cautelar que el actor pretende que se acuerde (o, si se prefiere, lo “similar” que sea la medida cautelar que se pretende con la ejecución de la sentencia condenatoria que hipotéticamente se dictare). Cuanto mayor sea la similitud, mayor será la caución. b) La intensidad del *fumus boni iuris*. Lo que añade una mayor presión al juez en el momento de analizar la apariencia de buen derecho, y establece una cierta relación de “balanceo” entre el análisis de la solidez del derecho del actor y la cuantía de la fianza.⁵³¹

La caución puede prestarse en cualquiera de las formas previstas en el art. 529.3 LEC, citado por el art. 728.3 LEC, que incluye tres grandes formas:

1.- Dinero efectivo.

2.- Aval solidario de duración indefinida y pagadero a primer requerimiento de entidad de crédito o sociedad de garantía recíproca. El aval debe ser “a primer requerimiento” “los avales a primer requerimiento o a primera solicitud están plenamente admitidos por la doctrina jurisprudencial que reconoce su función garantizadora y su operatividad independiente del contrato que garantiza, de tal modo que aquélla surte efectos mediante el primer requerimiento practicado en forma legal, siendo suficiente la reclamación del beneficiario frente al garante para entender que el obligado principal no ha cumplido y sin que el garante pueda oponer al beneficiario que reclama el pago otras excepciones que las que se derivan de la garantía misma”⁵³²

697); AAP Zaragoza 5ª 24 abril 2002 (JYR 2002, 156268); AAP Cádiz 3ª 6 junio 2002 (JUR 2002, 224078); AAP Ceuta 6ª 5 julio 2002 (JUR 2003, 69833); AAP Madrid 10ª 24 octubre 2002 (JUR 2003, 23818); AAP Granada 4ª 29 octubre 2002 (AC 2002, 1832); AAP Baleares 5ª 31 octubre 2002 (JUR 2003, 90876); AAP Valencia 6ª 5 noviembre 2002 (JUR 2003, 30386); SAP Murcia 2ª 9 noviembre 2002 (AC 2003, 521); AAP Barcelona 18 noviembre 2002 (JUR 2003, 61608); AAP Valencia 6ª 19 noviembre 2002 (JUR 2003, 31594); AAP Asturias 5ª 19 diciembre 2002 (JUR 2003, 64883); AAP Córdoba 2ª 27 enero 2003 (JUR 2003, 45252); AAP Valencia 11ª 31 marzo 2003 (JUR 2003, 162668).

⁵³¹ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...* op.cit., pags. 700 y 701.

⁵³² STS 13-12-2000 RAJ 10438.

3.- Cualquier otro medio que, a juicio del Tribunal, garantice la inmediata disponibilidad de la cantidad. De un lado, deja aquí, la LEC un gran margen de maniobra al juez permitiéndole aceptar como fianza, cualquier instrumento financiero de inmediata liquidez. Asimismo exige que sea de “inmediata disponibilidad”. El Derecho entiende que “inmediata disponibilidad” significa exclusivamente lo que dice: que está a disposición del juzgado en el momento mismo en que el juzgado lo requiera, pero siendo estrictos esta “disponibilidad” sólo la tiene el dinero depositado a nombre del juzgado en la “Cuenta de Depósitos y Consignaciones”. Todo lo demás, puede ser de “disponibilidad rápida”, es decir en un día, dos días, una semana, etc., pero no de disponibilidad inmediata, pues hasta las divisas precisan de una jornada para fijar el tipo de cambio en que deben ser convertidas en euros.⁵³³

El artículo 613 del Código Procesal Civil peruano denomina a la caución como “contracautela”. Esta denominación proviene de la consideración, de acuerdo a lo señalado por CHIOVENDA, constituye una “cautela de la cautela”, por lo que sirve para contrarrestar los daños que podría ocasionar la ejecución de la cautela. El CPC peruano establece en principio que la contracautela tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución. Se otorga discrecionalidad al juez para que decida la admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto; asimismo el juez podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente. Además dispone que la contracautela (caución) puede ser de naturaleza real o personal, y dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar. La caución juratoria es simplemente un tipo de garantía personal, que puede compararse con la fianza o el aval, y que se otorga ante el mismo juzgado al momento de presentar la solicitud de cautela.

Finalmente debemos señalar, que esta potestad del juez de decidir sobre la idoneidad y monto de la caución, es muy delicada, por lo que debe estar totalmente seguro antes de aceptar la ofrecida por el solicitante. Si no la encuentra conforme, no acordará acto alguno de cumplimiento o ejecución. La caución no se acuerda bajo la

⁵³³ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...* op.cit., pag. 752 y 753.

responsabilidad del juez, pero el juez responde de los daños que pueda ocasionar con ocasión de la fijación y forma de la caución conforme a las reglas generales. Si la caución fuera inadecuada o insuficiente y quien causó daños con las medidas cautelares resulta insolvente, puede existir responsabilidad patrimonial y directa del juez por negligencia o del Estado, por error judicial. La disposición entre normas flexibles y normas rígidas puede servir para precisar si procede pedir responsabilidad al juez o se trata de “error judicial”. Si la norma que se infringe es flexible, como son las que surgen de la acomodación a las circunstancias subjetivas u objetivas ponderadas discrecionalmente por el órgano judicial, pueden dar origen al error judicial, arts. 292 y siguientes LOPJ, por ejemplo un análisis de las circunstancias relativas al tipo de fianza, que se determine que no es idónea, o una cuantía totalmente irrazonable, respecto a la insuficiencia. Si la norma es rígida, la obligación imperante de prestación de caución para el cumplimiento de las cautelas, se puede generar, según los casos, una responsabilidad del juez por negligencia o ignorancia inexcusable o un error judicial, tal como se desprende de reiterada jurisprudencia.⁵³⁴

9.- Ejecución de la medida cautelar

Una vez dictada la medida cautelar, en la mayoría de casos es necesario llevarla a cabo ejecutando el contenido de la misma en la vida real, es precisamente en este momento cuando se interviene o incluso interfiere en la esfera personal del afectado con la medida cautelar, ha esta etapa se le denomina ejecución cautelar. Las cautelas requieren para su actuación, la modificación del mundo externo, que ha de llevarse a cabo mediante una diligencia posterior, e incluso con la utilización de la fuerza pública y el poder coercitivo del Estado. En resumen, podemos decir que existe el dictado de la medida cautelar, cuyo contenido se encuentra manifestado en un auto judicial, y posteriormente la ejecución de ésta a través de una diligencia judicial ulterior.⁵³⁵

Se habla de una verdadera y propia ejecución forzosa cautelar, en el sentido de ejecución y de hacer efectiva la orden establecida en la resolución cautelar; pero es

⁵³⁴ STS 23 de diciembre 1988 (RAJ 7470); STS de 5 de octubre de 1990 (RAJ 7470), y STS de 26 de julio de 1995(RAJ 5740); léase también a FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...*op.cit. pag. 753.

⁵³⁵ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...*op.cit., pag. 95.

necesario señalar que tanto los medios procesales de los cuales se sirve la ejecución cautelar, como la misma diligencia judicial, son diferentes de aquellos de que se sirve la ejecución forzada ordinaria. CARNELUTTI para diferenciar una de otra, a la primera la denomina ejecución forzada cautelar, y a la segunda en contraposición la denomina “satisfactiva”⁵³⁶; puesto que ésta es la que en última instancia satisface el derecho discutido y ya resuelto en el proceso principal.

Sabemos que el efecto de las medidas anticipatorias consiste en adelantar provisoriamente la decisión de la relación controvertida, es decir que se pretende anticipar la posibilidad de proceder a la ejecución ordinaria. Pero, incluso una vez conseguida la finalidad cautelar a través del dictado de este tipo de medida cautelar, la ejecución cautelar se desarrollará incluso en el fondo, del mismo modo que se habría desarrollado si se hubiera conseguido la decisión final en el proceso principal. Entonces aquí también se materializa el requisito de la homogeneidad que debe existir entre lo que se pretende en el proceso principal y lo que dicta la medida cautelar, puesto que si la medida cautelar conduce a un resultado diverso del consagrado en el decisión final definitiva, la ejecución ya realizada aparecerá como ilegítima; si, viceversa, el proceso principal conduce a una decisión coincidente con la medida cautelar, la ejecución llamada cautelar quedará firme en función de ejecución ordinaria, esto es, como ejecución definitivamente satisfactiva.⁵³⁷

Por otra parte, cuando nos encontramos ante la ejecución cautelar de una medida cautelar para futura ejecución forzosa, los medios ejecutivos pueden ser diversos de los de la ejecución ordinaria, en el sentido de que los actos constitutivos de la ejecución cautelar no tienden a alcanzar la misma meta última a que tiende la ejecución forzosa ordinaria del derecho cautelado, es decir no buscan ni el remate o la adjudicación, sino que se detienen antes, en una etapa intermedia en evitación de producir modificaciones en el patrimonio del deudor, mientras transcurra la duración del proceso principal. Entonces se puede afirmar que la ejecución cautelar equivale, en su totalidad, a una fracción de la ejecución ordinaria, esto quiere decir que una vez se expida la decisión

⁵³⁶ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...* op.cit., pag. 95.

⁵³⁷ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...* op.cit., pags. 95 y 96.

definitiva en el proceso principal, la ejecución cautelar que ya se llevó a cabo valdrá como primera etapa de la ejecución satisfactiva.⁵³⁸

A pesar de hacer esta diferencia entre las medidas anticipatorias y las de futura ejecución forzada, CALAMANDREI trata de establecer que la ejecución de todas las medidas cautelares constituye un anticipo hipotético de los efectos de la sentencia principal, y que esta anticipación de los efectos no solamente es exclusividad de las medidas anticipativas. Sostiene que en todas las cautelas al momento de ejecutarlas en la vida real, se da inicio desde ya a los efectos de la futura decisión definitiva.⁵³⁹ Es decir que nuevamente toma a la ejecución cautelar como el inicio anticipado de la ejecución satisfactiva del proceso principal. Si bien es cierto no podemos discutir este punto de vista para las medidas cautelares anticipativas, puesto que en muchos de estos casos se llega a satisfacer plenamente la pretensión del proceso principal, no se puede afirmar lo mismo respecto de todas las demás medidas cautelares, puesto que debe tomarse en cuenta el caso específico para el cual se está utilizando como herramienta, de acuerdo a su función aseguradora de la decisión final del proceso principal.

El juzgado competente debe resolver la solicitud de una medida cautelar, a través de una resolución judicial expresa que debe comprender la determinación especial del estado jurídico impuesto, con la finalidad de asegurar la decisión final del proceso principal, y asimismo puede y en muchos casos es necesario que contenga además, la ejecución forzosa de la decisión, a fin de que se materialicen sus efectos; CARNELUTTI diferenció estas dos partes de la decisión cautelar denominándolas: “proveimiento cautelar decisorio y proveimiento cautelar ejecutivo”⁵⁴⁰. En conclusión, debemos indicar que la resolución judicial que contiene la medida cautelar tiene, según los casos, la misma naturaleza que la resolución del proceso principal, puesto que el arreglo provisional del conflicto se obtiene mediante una decisión judicial, que contiene la combinación de un juicio y un mandato emanados del juez, y luego si hace falta, y en muchos casos lo es, mediante la modificación forzosa del mundo exterior.

⁵³⁸ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...* op.cit., pag. 96.

⁵³⁹ CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio...* op.cit., pag. 96 y 97.

⁵⁴⁰ CARNELUTTI, Francesco, *Sistema de...* op.cit., pag. 388.

Una vez se ha ejecutado la medida cautelar, las cosas ya no son las de antes, algo ha cambiado, algún paso se ha dado hacia conseguir el fin del proceso principal, es decir que algo se ha hecho de lo que es necesario hacer para satisfacer de manera efectiva la pretensión ejercitada. CARNELUTTI intenta dar un valor histórico a las medidas cautelares, indicando que éstas tienen un carácter constitutivo; entendido éste como “que lo hecho, hecho está: por virtud de estas providencias, sucede algo que de otra manera no habría ocurrido, por lo tanto se constituyen situaciones que no existían antes”⁵⁴¹; precisamente a esto nos referimos con la modificación del mundo exterior.

La ejecución de la medida cautelar se hará efectiva tal como si se tratara de una ejecución de sentencia, por lo que para su cumplimiento se procederá a utilizar todos los medios que fueran necesarios, incluso a través de la fuerza, así lo dispone expresamente el artículo 738 LEC. Por su parte el artículo 641 del Código Procesal Civil peruano regula la ejecución de las medidas cautelares, señalando que ésta: “... será realizada por el Secretario de Juzgado en día y hora hábiles o habilitados, con el apoyo de la fuerza pública si fuese necesario. Puede autorizarse el descerraje u otros actos similares, cuando el caso lo justifique. De esta actuación se sentará acta firmada por todos los intervinientes. En su caso, se dejará constancia de la negativa a firmar.” Es decir que la ejecución constituye el llevar a cabo una serie de actos indispensables para que la cautela cumpla su función real.

La LEC es muy sintética respecto de la actividad ejecutiva que deberá realizarse para poner en práctica la medida cautelar ordenada, sólo dispone lo suficiente al final del apartado 1 del Art. 738 LEC y en los dos apartados siguientes de ese artículo. Para determinar el régimen de la actividad ejecutiva específica de las diferentes medidas cautelares, hay que partir de una distinción: 1) Hay medidas cautelares de las cuales la ley establece los efectos jurídicos que producen y también los medios para producir esos efectos; y, 2) Para otras medidas la ley sólo define los efectos jurídicos que producen, pero no determina los medios jurídicos para dar lugar a tales efectos. A estas medidas se equiparan aquellas cuyos efectos no están especificados por la ley, sino por el tribunal según ciertos criterios fijados por la ley. Obviamente para esta última clase de medidas la ley tampoco especifica los medios.⁵⁴²

⁵⁴¹ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y...op.cit.*, pag. 434.

⁵⁴² ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las Medidas Cautelares*, La Ley, 1ª ed. Madrid, 2000, pags. 329 y 330.

1) Medidas cuyos medios ejecutivos se hallan específicamente establecidos por la ley. Están en este caso el embargo preventivo, la administración judicial de bienes productivos y las varias medidas consistentes en anotaciones preventivas en registros públicos (art. 738.2 LEC). En cambio, ya no puede incluirse en esta clase de medidas la intervención judicial de la administración, cuyo modo de actuación pautaban con cierto detalle los arts. 1420 de la LEC de 1881.

2) Medidas cuyos medios ejecutivos no se hallan específicamente establecidos por la ley. A estas medidas va destinada la disposición de que se emplearán “los medios que fueren necesarios, incluso los previstos para la ejecución de las sentencias” así lo establece el art. 738.1 LEC. Es decir que el tribunal tiene la potestad de utilizar cuales quiera medios ejecutivos previstos por la ley, cuales quiera sean necesarios o útiles imaginables, incluso de los más efectivos por ser los destinados a la ejecución de las sentencias. Tales medios deberán ser aplicados en cuanto sean adecuados para la realización del contenido de la medida cautelar de que se trate.⁵⁴³

A diferencia de lo previsto para la ejecución de sentencias, la ejecución o cumplimiento de una medida cautelar debe hacerse de oficio, art. 738.1 LEC. Lo que, en algunos casos, ni es razonable ni probablemente se hará así en la práctica, es que la LEC quiere que, prestada la fianza, el órgano judicial, en el plazo más breve posible se ejecute o cumpla lo ordenado en las medidas cautelares. ES decir que no rige el plazo de espera establecido en el art. 548 LEC

La LEC no dice nada respecto de quien deberá sufragar las costas de la ejecución de las cautelas adoptadas o reembolsar, en su caso, los gastos realizados para la adopción y ejecución de la medida. Pero la respuesta la podemos encontrar en la aplicación del art. 539.2 LEC siendo el ejecutado quien deberá soportar el pago, aunque inicialmente sean sufragadas por el instante.⁵⁴⁴

Si lo que se acordó es el embargo preventivo, el juez puede ordenar las medidas de localización y averiguación de los bienes y demás actuaciones judiciales ejecutivas, pero sin ser de aplicación, como regla especial, lo dispuesto en el art. 589 LEC sobre la

⁵⁴³ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las Medidas Cautelares*, op.cit., pag. 332.

⁵⁴⁴ LARROSA AMANTE, Miguel Ángel, “Las Cautelas Indeterminadas y...” op.cit. pag. 321.

manifestación de bienes, puesto que el art. 738.2 lo prohíbe; asimismo se llevará a cabo la traba o afección conforme el orden previsto en el art. 592 LEC y los medios de garantías establecidos en los arts. 621 a 629 LEC. La traba de bienes como consecuencia del embargo preventivo alcanza sólo a la cantidad que fija el auto: no puede ampliarse, como se puede en el embargo ordinario, sumando a esa cantidad otra por gastos y costas. El mismo auto en que se acuerde el embargo preventivo sirve de mandamiento para ejecutarlo, pero no hay “despacho de la ejecución”, esto significa, que no hay lugar para una “oposición”, pero sí puede el demandado interponer los recursos ordinarios y extraordinarios que le concede el art. 562 LEC, incluido el incidente de nulidad de actuaciones, cuando entienda que las actuaciones de embargo o las medidas de garantía no se adecuan a lo ordenado por la ley. El deudor puede impedir la ejecución del embargo preventivo si consigna la cantidad por la que se ha acordado dicho embargo, según lo dispuesto por el art. 585 LEC.⁵⁴⁵

Los terceros que sean afectados, pueden interponer tercería de dominio si entienden que el juez embargó bienes equivocando su titular, aunque el embargo sea preventivo, art. 729 LEC. Sobre todo porque es posible que la traba erróneamente realizada en embargo preventivo, vaya seguida de medidas de garantía como el depósito, orden de retención, etc., que refuercen el interés del verdadero titular en deshacer el error. Puesto que esa situación es contraria a Derecho, es forzoso entender que el verdadero titular tenga a su disposición un medio adecuado para defender su derecho, precisamente este medio es la tercería de dominio. El Código Procesal Civil peruano establece que cuando se acredite fehacientemente que el bien afectado con la medida pertenece a persona distinta del demandado, el Juez ordenará su desafectación inmediata, incluso si la medida no se hubiera ejecutado. El peticionante pagará las costas y costos del procedimiento cautelar y en atención a las circunstancias perderá la caución en favor del propietario. Si se acredita la mala fe del peticionante, se le impondrá una multa no mayor de treinta Unidades de Referencia Procesal, oficiándose al Ministerio Público para los efectos del proceso penal a que hubiere lugar.

Como señalábamos antes, es complicado determinar la ejecución de medidas cautelares anticipatorias. FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, analiza esta dificultad

⁵⁴⁵ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...* op.cit., pag. 754.

señalando que como regla, resulta claro que el juez puede utilizar todos los medios previstos en los arts. 699 y siguientes, para las obligaciones de hacer, no hacer y de dar cosa distinta de una cantidad de dinero, pues a eso es a lo que autoriza el art. 738.1 LEC. Pero hay en esos artículos “medidas”, “apercibimientos” y actuaciones tal vez irreversibles y de tono intemperado, que sólo la prudencia de los jueces puede adecuar a las circunstancias de cada caso. Hay alguna ligereza al reenviar a los medios “previstos para la ejecución de las sentencias”, cuando de lo que se trata es de adelantar, en todo o en parte, una orden de hacer o de abstenerse. De un lado, porque también cuando se trata de medidas cautelares puede el “juez executor” encontrarse con la infranqueable barrera de la infungibilidad de las conductas, y no parece si así sucede, deba el juez proceder a ejecutar su equivalente pecuniario sobre el patrimonio del demandado. Tampoco queda claro si, cualquiera que sea la causa por la que no puede tener inmediato cumplimiento una orden de hacer o una prohibición acordada como medida cautelar, puede el juez “que cumple” o que “ejecuta” la medida cautelar, acudir al embargo preventivo del art. 700, que es una actuación que no contempla la medida cautelar. Ni siquiera dice la LEC que no puede ser acordado como medida cautelar aquello que no podría ser provisionalmente ejecutado, por ejemplo la condena a emitir una declaración de voluntad, que parece una conclusión bastante razonable. En cambio, la simple remisión a las normas sobre ejecución de las sentencias es suficiente cuando la medida cautelar no es “agresiva” ni adelanta la ejecución, como sucede en el embargo preventivo, intervención judicial, anotación preventiva de demanda, etc., pues el cumplimiento de esas medidas se detiene tras las actuaciones de aseguramiento de la traba y no “pasa” a la fase de realización forzosa.⁵⁴⁶

10.- Impugnación de la medida cautelar

Es una garantía de la tutela jurisdiccional efectiva que las resoluciones judiciales sean revisadas por otro órgano jurisdiccional, es por ello que la resolución que admite o deniegue la concesión de una medida cautelar es pasible de impugnación a través del recurso de apelación.

⁵⁴⁶ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...* op.cit., pag. 755.

En principio, cuando la resolución judicial deniegue la medida cautelar solicitada, el actor podrá interponer recurso de apelación, y según lo dispuesto por el artículo 736. 1 de la LEC, a esta apelación se le dará trámite preferente, puesto que como sabemos la urgencia y el peligro de que se consume un daño, hace necesario que se resuelva con prontitud. Asimismo, este artículo en el apartado número 2 señala que cuando se deniegue el pedido de medida cautelar, el actor podrá reproducir su solicitud, si cambian las circunstancias existentes en el momento de la petición. En la práctica habría que ver la posibilidad de presentar nuevamente la solicitud de medida cautelar, en caso que la demora en el trámite de la apelación ocasione la infracción del derecho que se pretende resguardar. Para proteger los derechos de autor será mejor presentar nuevamente la petición de medida cautelar, de forma inmediata, puesto que el daño se consumará de forma inminente. El Código Procesal Civil peruano, cuarto párrafo del artículo 637, establece que procede recurso de apelación en contra del auto que deniega la medida cautelar. En este caso, el demandado tampoco será notificado y el superior absolverá el recurso sin admitirle intervención alguna.

La resolución judicial que dicta una medida cautelar, es pasible de ser impugnada por el afectado, a través del recurso de apelación; esta impugnación será concedida sin efecto suspensivo, a fin de que la cautela no se vea desvirtuada por la tramitación del recurso.⁵⁴⁷ El recurso de apelación se encuentra establecido en el artículo 735 de la LEC. De la misma forma, el Código Procesal Civil peruano establece en el segundo párrafo del artículo 637, que el afectado con la medida podrá interponer recurso de apelación, el mismo que será concedido sin efecto suspensivo.

11.- Caucción Sustitutoria de la Medida Cautelar

El afectado con una medida cautelar puede suspender la ejecución de la misma si deposita una caución suficiente, según el criterio del juzgado, para asegurar el efectivo cumplimiento de la sentencia estimatoria que podría dictarse en el proceso principal, esto de acuerdo a lo establecido en el artículo 740 LEC concordado con los artículos 746.1 y 747 de la misma ley. El Código Procesal Civil peruano denomina a esta figura

⁵⁴⁷ DI DORIO, Alfredo J., *Temas...op.cit.*, pag. 112.

Sustitución de medida cautelar y procede cuando la medida cautelar garantiza una pretensión dineraria, el afectado puede depositar el monto fijado en la medida, con lo que el Juez de plano la sustituirá. La suma depositada se mantendrá en garantía de la pretensión y devengará el interés legal. Esta decisión es inimpugnable. También procede la sustitución de la medida cuando el afectado ofrezca garantía suficiente a criterio del Juez, quien resolverá previo traslado al peticionante por tres días, así lo establece en el artículo 628 CPC peruano.

Por su parte el juzgado, deberá decidir la procedencia de la petición de caución sustitutoria, examinando el sustento de la solicitud de medidas cautelares, la naturaleza y contenido de la pretensión de condena. Asimismo el juez deberá tomar en cuenta, si con la ejecución de la cautela se restringen gravemente las actividades patrimoniales o económicas del demandado; o si existe una desproporción respecto del aseguramiento que se pretende lograr con aquella medida.

Para el caso de las medidas cautelares para el proceso de derechos de autor, dada su naturaleza especial de estos derechos, el tribunal usualmente rechaza las cauciones sustitutorias solicitadas, puesto que en muchos casos si no se ejecuta la medida el daño se tornaría en irreparable. Incluso existe una tesis poco difundida, al parecer por su posición radical, que postula la inaplicación automática en toda solicitud de caución sustitutoria referida a la propiedad intelectual. En la práctica los Tribunales aplican esta caución sustitutoria con ciertas reservas.⁵⁴⁸ Esta caución procede claramente para casos de una pretensión económica pura de indemnización de daños y perjuicios.

12.- Caducidad de la medida cautelar

Se produce la caducidad de la medida cautelar, cuando por el transcurso del tiempo establecido se deja sin efecto la resolución que decidió adoptarla, y asimismo se eliminan los actos de ejecución cautelar realizados hasta ese momento.

⁵⁴⁸ AAP Burgos de 7 de Junio de 2006 (JUR 2006, 1860741)

Existen algunos casos en los que la medida cautelar caduca; pero también la medida cautelar termina por otras razones a las cuales no se les puede denominar caducidad, sin embargo es necesario analizarlos.

En primer lugar desarrollaremos los casos de caducidad que pueden presentarse:

a) Cuando se haya solicitado la medida cautelar antes de interponer la demanda, y ésta no se presentase dentro del plazo de veinte días, siguientes a su adopción. En este caso el juez de oficio acordará que se alcen o revoquen los actos de cumplimiento que se hubieran realizado, condenará al solicitante por las costas y declarará que es responsable de los daños y perjuicios que haya ocasionado. Esto se encuentra establecido en el artículo 730. 2 LEC.

En el Código Procesal Civil peruano, se denomina “caducidad”, y se encuentra establecida en el artículo 636 que prescribe la medida cautelar fuera de proceso, y señala expresamente: “Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida. Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación”

b) Cuando el proceso se ha paralizado por causa imputable al solicitante, durante un plazo mayor a seis meses, así lo establece el segundo párrafo del artículo 731. 1 LEC, siempre y cuando se deba a una causa imputable al solicitante de la medida cautelar.

Por su parte, el Código Procesal Civil peruano, también establece este tipo de caducidad que se encuentra relacionada con la caducidad de la instancia principal, es decir que cuando caduca el proceso principal, como es obvio, también caduca la medida

cautelar. Esta figura equivale a la caducidad de la instancia establecida en el artículo 237 LEC. El plazo señalado en el Código Procesal Civil peruano se encuentra establecido en el artículo 346, y en vez de denominarlo “Caducidad de la instancia” lo denomina “Abandono del proceso” el artículo en mención dispone lo siguiente: “Cuando el proceso permanezca en primera instancia durante cuatro meses sin que se realice acto que lo impulse, el juez declarará su abandono de oficio o a solicitud de parte o de tercero legitimado”. Este artículo debemos concordarlo con el artículo 347, que refiriéndose precisamente a las medidas cautelares, establece lo siguiente: “Consentida o ejecutoriada la resolución que declara el abandono del proceso, quedan sin efecto las medidas cautelares, y se archiva el expediente.”

c) Cuando se produce la caducidad de la instancia, como lo señalan SERRA DOMINGUEZ y RAMOS MÉNDEZ, ésta se produce cuando termina el proceso sin sentencia, en los supuestos de desistimiento y caducidad de la instancia, en consecuencia se producirá asimismo la extinción de la medida cautelar, que deberá decretarse en la misma resolución declarando terminado el proceso.⁵⁴⁹ Esto no es más que una consecuencia de la extinción del proceso, y una confirmación de los caracteres de la tutela cautelar antes enunciados.

13.- Extinción de la medida cautelar

Por otra parte, señalaremos los casos en los cuales se extingue la medida cautelar, sin que sea una caducidad *strictu sensu*, esto se encuentra relacionado con la característica de provisionalidad de las medidas cautelares, puesto que ésta se produce cuando el proceso principal haya concluido, existiendo las siguientes posibilidades:

a) La primera se materializa cuando la sentencia desestima la pretensión principal, entonces es evidente que la medida cautelar termina puesto que desaparece, o por lo menos se modifica radicalmente los presupuestos de la medida cautelar, sobre todo el *fumus boni juris*, así lo establece la primera parte del artículo 744.1 LEC si se

⁵⁴⁹ SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Las medidas cautelares...op.cit.*, pag. 110 y 111.

trata de sentencia no firme; y el artículo 745 LEC si se trata de sentencia firme, esto no es más que una manifestación de la instrumentalidad de la medida.⁵⁵⁰

De la misma forma el Código Procesal Civil peruano, en el artículo 630 la denomina “Cancelación de medida cautelar”, y señala expresamente lo siguiente: “Si la sentencia en primera instancia declara infundada la demanda, la medida cautelar queda cancelada, aunque aquella hubiere sido impugnada. Sin embargo, a pedido del solicitante el Juez podrá mantener la vigencia de la medida hasta su revisión por la instancia superior, siempre que se ofrezca contracautela de naturaleza real o fianza solidaria.” Aquí se refiere al caso de una sentencia no firme. Por el contrario, si la sentencia desestimatoria es firme, la legislación procesal peruana es muy severa, y dispone expresamente en el artículo 621 lo siguiente: “Si se declara infundada una demanda cuya pretensión estuvo asegurada con medida cautelar, el titular de ésta pagará las costas y costos del proceso cautelar, una multa no mayor de diez unidades de referencia procesal y, a pedido de parte, podrá ser condenado también a indemnizar los daños y perjuicios ocasionados. La indemnización será fijada por el Juez de la demanda dentro del mismo proceso, previo traslado por tres días.”

b) La segunda posibilidad es que la sentencia estime y declare fundada la pretensión principal, entonces la medida cautelar termina puesto que deja de ser cautelar y se convierte en ejecutoria, ya que se ha constituido un nuevo estado de derecho.⁵⁵¹ Así lo establece el artículo 731.2 LEC, cuando el juzgado despache la ejecución provisional de una sentencia; de la misma forma el Código Procesal Civil peruano establece en el artículo 619 denominado “Eficacia de la medida cautelar” que una vez: “Resuelto el principal en definitiva y de modo favorable al titular de la medida cautelar, éste requerirá el cumplimiento de la decisión, bajo apercibimiento de proceder a su ejecución judicial.” Es decir que la medida se transforma procediéndose a la ejecución forzosa de la sentencia.

⁵⁵⁰ Al respecto la resolución: AAP Baleares 3ª 4 noviembre 2002, (JUR 2003, 71183).

⁵⁵¹ DI DORIO, Alfredo J., *Temas...op.cit.*, pag. 106.

CAPÍTULO III

LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL DERECHO COMPARADO

I.- MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ALEMÁN

Históricamente el Derecho procesal alemán actual se enraíza tanto en el Derecho romano católico como en el germano. La dispersión jurídica por la coexistencia del proceso prusiano, francés y común fue en incremento, cuando numerosos estados alemanes en el transcurso del siglo XIX crearon ordenanzas procesales propias. Ello hizo crecer el deseo de un derecho procesal uniforme, con más intensidad que a la unificación del derecho de fondo. Las aspiraciones de unificación terminaron en 1877 con la conclusión de la Ley de Organización de la Justicia, la Ordenanza Procesal Civil, la Ordenanza Procesal Penal, la Ordenanza Concursal y las respectivas leyes de introducción. Ellas entraron en vigencia bajo el nombre de *Reichjustizgesetze* o Leyes de Justicia Imperiales, el 1 de octubre de 1879, simultáneamente con una serie de llamadas leyes auxiliares. Desde su vigencia la Ley u Ordenanza Procesal Civil o *Zivilprozeßordnung*, en adelante ZPO, ha sido modificada numerosas veces. Las últimas reformas importantes tuvieron principalmente como objetivo, desgravar a los tribunales del constante incremento de causas, de facilitar la solución extrajudicial de las controversias y hacer más simple y expeditiva la estructura del procedimiento. Dignas de mención entre estas reformas, son ante todo la llamada Novela de Simplificación, la Simplificación de la Jurisdicción de 1990 y la Ley para la Desgravación de la Jurisdicción de 1993.⁵⁵²

⁵⁵² BAUR, Fritz, “Entwicklungstlinien des Zivilprozessrechts 1947- 1987“, *NJW*, 1987, pag 2636; BETTERMAN, Karl August, “Hundert Jahre Zivilprozessordnung“, *ZZP, Zeitschrift für Zivilprozeß – Revista-* 91, 1978, pag. 365; DANNREUTHER, Dieter, *Der Zivilprozess als Gegenstand der Rechtspolitik im deutschen Reich*, 1987; HELLWEG, August, “Geschichtlicher Rückblick über die Entstehung der CPO“, *AcP Archiv für civilistische Praxis – Revista-* 61, 1878, pag. 78; KISSEL, Otto Rudolf, “Hundert Jahre Reichjustizgesetze“, *DRiZ Deutsche Richterzeitung – Revista-* 1980, pag. 81; SELLERT, Wolfgang, “Die Reichsjustizgesetze von 1877 – ein denkwürdiges Ereignis?“, *JuS Juristische Schulung – Revista-* 1977, pag. 781; SPRUNG, Rainer, “Die Ausgangsposition österreichischer Zivilprozessualistik und ihr Einfluss auf das deutsche Recht“, *ZZP*, 91, 1978, pag. 4; LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín-Colombia, 1998, pags. 64 y 65.

Ahora bien, dentro del ordenamiento procesal civil alemán, lo que nos ocupa en el presente estudio son las medidas cautelares. En Alemania la tutela cautelar tiene como fundamento dos instituciones fundamentales: el *Arrest* y la *einstweilige Verfügung*. La diferencia entre ambas se basa en un criterio clásico: el de la naturaleza del derecho subjetivo asegurado. Si se trata de créditos pecuniarios o convertibles en dinero, la medida que se utilizará es el *Arrest*. Para cualquier otro tipo de derecho subjetivo, el instrumento para su protección cautelar es la *einstweilige Verfügung*.⁵⁵³ Ambas figuras procesales se encuentran previstas en la ZPO, donde ocupan la Sección Quinta del Libro VIII, dedicado de modo genérico a la ejecución forzosa, arts. 916 a 945. El legislador alemán vincula directamente la disciplina de las medidas cautelares con la ejecución forzosa de las resoluciones judiciales, lo cual ha sido criticado de modo unánime por la doctrina.⁵⁵⁴ Básicamente porque se entiende que se trata de procesos sumarios en los que existe tanto una fase declarativa como una posterior ejecución de lo decidido. Además, junto con estas dos medidas, y reservadas para los procesos en que se ventilan cuestiones de Derecho de familia, se incluyen dentro de la categoría de medidas cautelares, las denominadas *einstweilige Anordnungen*.⁵⁵⁵

1.- El *Arrest*

1.1.- Concepto

El *Arrest* es la medida cautelar destinada a asegurar la ejecución forzosa de un crédito pecuniario o de cualquier otro derecho que pueda ser reconducido a un crédito pecuniario, art. 916 ZPO. La finalidad es evitar que el deudor se desprenda de sus

⁵⁵³ BAUR, Fritz, *Studien zum Einstweiligen Rechtsschutz*, 1967; DUNKL, MOELLER, BAUR, FELMEIER y WETEKAMP, *Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes*, 2ª ed., 1991; EILERS, Anke, *Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im europäischen Zivilrechtsverkehr*, 1991; LEIPOLD, Dieter, *Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes*, 1971; MINNEROP, Manfred, *Materielles Recht und einstweiligen Rechtsschutz*, 1971, PIEHLER, Klaus, *Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht*, 1980; SPELLENBERG, Ulrich y LEIBLE, Stefan, *Die Notwendigkeit vorläufigen Rechtsschutzes bei transnationalen Streitigkeiten*, Gilles, (Edit.) *Transnationales Prozessrecht*, 1995, 293; STOLZ, Thomas, *Einstweiliger Rechtsschutz und Schadenersatzpflicht*, 1989; VOGG, Stefan, *Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollstreckbarkeit*, 1991; WALKER, Wolf Dietrich, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, 1993; GRUNSKY, Wolfgang, "Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes", *Juristische Schulung*, 1976, págs. 277 a 287, pag 278.

⁵⁵⁴ LEIPOLD, Dieter, "Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes", *ZZP*, Zeitschrift für Zivilprozeß, 1977, págs. 258-270.

⁵⁵⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares de proceso civil extranjero*, Editorial Comares, Granada 1998, pag. 79.

bienes o impedir que éste viaje con la intención de radicar en el extranjero.⁵⁵⁶

El *Arrest* tiene una función netamente asegurativa, esta cautela pretende eliminar el peligro de que, si no se adopta, la ejecución de la sentencia puede verse impedida o seriamente dificultada, art. 917 I ZPO. Así, y con estas características específicas, el *Arrest* tanto sus presupuestos como sus caracteres se aproximan al embargo preventivo, del ordenamiento jurídico español.

1.2.- Clases

El *Arrest* se divide en dos clases, de acuerdo al derecho del afectado sobre el cual recae:

A.- El *dinglicher Arrest*, es el “arresto real” que se adopta sobre los bienes del demandado. Este *dinglicher Arrest*, en adelante sólo *Arrest*, tiene como función principal el anticipar todos aquellos actos ejecutivos que sea posible sin llegar a la satisfacción del acreedor, con la finalidad de hacer posible en la práctica la ejecución de la eventual sentencia de condena que se dicte al término del proceso principal sobre el fondo. Dado que el modo de ejecutar una condena pecuniaria es el embargo y posterior venta de bienes, el *Arrest* se lleva a la práctica mediante un embargo de bienes, denominado *Pfändung*, que concede al acreedor ciertos beneficios, pero que no permite el paso a la venta en subasta, *Zwangsvorteigerung* en alemán. Para este tipo de *Arrest*, es necesario que existan fundadas sospechas, de las que resulta, que el deudor quiere eludir la ejecución con maniobras desleales. Por ejemplo cuando gasta su patrimonio, lo dilapida o lo oculta, cuando constantemente cambia de residencia, hacer preparativos de mudarse al exterior, etc.

Este *Arrest* o embargo se denomina “real” porque su ejecución se dirige contra objetos o cosas, en oposición a la persona del peticionante.⁵⁵⁷

B.- El *persönlicher Arrest*, que se traduce como “arresto personal”, supone una limitación a la libertad del deudor, como medio de evitar perjuicios a la ejecución

⁵⁵⁶ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 529.

⁵⁵⁷ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 531.

forzosa. Esta figura persiste en el art. 918 ZPO, no obstante hoy en día es una reliquia jurídica, puesto que ha caído en desuso práctico, y constituye objeto de crítica por parte de la doctrina mayoritaria.⁵⁵⁸

El fundamento del *persönlicher Arrest* es también el aseguramiento de la ejecución forzosa. Por ello se requiere que tal medida sea no sólo adecuada, sino también necesaria, en el sentido que debe ser imprescindible, para alcanzar tal fin. De ahí que, a juicio de JAHUERING, esta cautela sea subsidiaria respecto del *dinglicher Arrest*, sirviéndole como medio complementario.⁵⁵⁹ El *persönlicher Arrest* puede materializarse con la orden de detención o prisión del afectado, denominada *Haft*. Aunque tienen prioridad aquellas limitaciones de libertad más reducidas, como la obligación periódica de comparecencia, prohibición de desplazarse, retirada del pasaporte o documento de identidad para evitar la fuga al extranjero, art. 933 ZPO; o incluso el arresto domiciliario. Este tipo de *Arrest* se justifica siempre y cuando sean útiles para alcanzar el fin perseguido con la medida. La duración de la medida no puede superar, en todo caso, el tope máximo de seis meses, art. 913 ZPO. En casos extremos este *Arrest* es procedente no sólo en nativos, sino también para extranjeros que se encuentran en el territorio alemán.⁵⁶⁰

1.3.- Presupuestos

Para la concesión del *Arrest* deberán concurrir dos presupuestos: a) la aparente existencia de un derecho en favor del solicitante, y b) la amenaza de un peligro de que la ejecución de la sentencia pueda frustrarse. El solicitante está obligado a acreditar la existencia de estos dos presupuestos. Para ello y como medio de acreditamiento, se suele acudir a la denominada *eidesstattliche Versicherung*, que es una especie de declaración jurada formulada por el solicitante acerca de los hechos que fundamentan la

⁵⁵⁸ RITTER, Christian, “Zum persönlichen Sicherheitsarrest nach, art. 918, 933 S. 1, 1. Alt ZPO” *ZZP*, 1975, págs. 126-193; GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, 7/1, 21ª ed., Tubinga, 1996, art. 918, págs. 360 a 363; HARTMANN-BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS, *Zivilprozeßordnung*, Munich, 1994, art. 918, pág. 2028; HEINZE, en *Münchener Kommentar ZPO*, Munich, 1992, art. 918, pág. 642-644; MORBACH, Bertram, *Einstweiliger Rechtsschutz in Zivilsachen*, Frankfurt a M. 1988, págs 74 a 77.

⁵⁵⁹ JAHUERING, Othmar, *Zwangsvollstreckungsund Konkursrecht*, 19ª ed., Munich, 1990, pág. 151.

⁵⁶⁰ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 80; LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán* op.cit. pag. 532.

concesión de la medida.⁵⁶¹

Ahora analizaremos estos dos presupuestos por separado:

a) El denominado *Arrestanspruch*, que consiste en la existencia de un derecho, que ha de consistir en un crédito pecuniario o en cualquier otro derecho susceptible de ser convertido en dinero, según el art. 916.1 ZPO. Por eso se ha dicho que prácticamente (pero no totalmente) cualquier derecho puede asegurarse a través del *Arrest*.⁵⁶²

Las pretensiones también son susceptibles de aseguramiento cuando están sujetas a término, es decir ya creadas pero aún no vencidas, o condicionadas, en tanto que a pesar de su condicionalidad o existencia de término le corresponde un valor dinerario, art. 916 párrafo 2º. La pretensión dineraria de asegurar no necesita estar creada, Según el art. 916 párrafo 1º, también pueden asegurarse pretensiones dinerarias futuras, en tanto sean demandables. Esta es la diferencia con el proceso principal, puesto que en el *Arrest* los presupuestos fácticos de la pretensión no necesitan ser probados a total convencimiento del tribunal, sino solamente deben ser hechos verosímiles, art. 920 párr. 2 ZPO. Hacer verosímil implica frente a la prueba del proceso principal, una facilitación, ya que en la verosimilitud se trata de una prueba, que debe proporcionar al juez un grado menor de certeza, art. 294.⁵⁶³

La ZPO en el art. 920 párrafo 2º denomina *Glaubhaftmachung* a la carga del peticionante de hacer verosímil su pretensión de embargo. En ese sentido deberá facilitar al juzgado toda la prueba con la que se cuente, el art. 294 ZPO (respecto al ofrecimiento de prueba) rige para todos los hechos, sin distinguir si se refieren a la petición de la medida cautelar o a la pretensión jurídico-material del proceso principal. En el procedimiento del *Arrest* el tribunal aprecia libremente la prueba, art. 286 párr. 1, “verosímil” o *glaubhaft* cuando una afirmación es probable. Si bien es cierto en el derecho alemán al proceso de *Arrest* se le denomina frecuentemente como “procedimiento sumario” o *summarisches Verfahren*, ello no justifica al juez para

⁵⁶¹ HARTMANN-BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS, *Zivilprozeßordnung*, pag. 2032; HEINZE, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 17, pág. 652.

⁵⁶² GRUNSKY, Wolfgang, “*Grundlage...*” op.cit., pag. 279

⁵⁶³ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 530.

examinar la situación fáctica y jurídica sólo superficialmente, sino que debe realizar una tarea cuidadosa. En caso que la petición sea inadmisibile y no concluyente, el peticionario podrá aclarar su solicitud, en caso de fracasar dicha aclaración, el juez rechazará el pedido, art. 139 ZPO.⁵⁶⁴

En el procedimiento de embargo los hechos sólo se pueden probar con pruebas presentes, art. 294 párrafo 2º. Las partes deberán presentar en la audiencia todas las pruebas que consideren necesarias como: documentos, declaraciones juradas, testigos, peritos. En esta audiencia se realizará la “deliberación oral” entre los testigos, peritos y las mismas partes.

En conclusión podemos afirmar que dado que este *Arrestanspruch* no ha de ser probado, sino simplemente acreditado, es perfectamente equiparable al *fumus boni iuris*.

Además, el *Arrest* tiene como presupuesto el peligro de que la ejecución de la sentencia pueda verse imposibilitada o seriamente perjudicada, art. 917 ZPO. A este presupuesto la ZPO lo denomina *Arrestgrund*, o fundamento del *Arrest*, y se trata sin duda de una clara manifestación del *periculum in mora*, expresado a través de una cláusula general.⁵⁶⁵

1.4.- Procedimiento

Para la adopción de un *Arrest* y la resolución de las incidencias a que pueda dar lugar, prevé la ZPO un proceso sumario, denominado *Arrestprozeß* y que goza de una regulación relativamente detallada.

1.4.1.- Competencia:

El órgano competente para la adopción de un *Arrest* es, según el art. 919 ZPO, o bien el tribunal del proceso principal: *Gericht der Hauptsache*, o bien el Juzgado de Distrito: *Amtsgericht*, del lugar en que se halle el bien que ha de ser embargado.⁵⁶⁶

⁵⁶⁴ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 533.

⁵⁶⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 81 y 82.

⁵⁶⁶ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 83 y 84.

Existiendo de esta forma una “competencia de embargo propia”, sin importar que el proceso principal esté siendo conocido por otro tribunal. La competencia de embargo del juzgado abarca incluso en caso que para el proceso principal no fuera competente ningún tribunal alemán. Para la competencia del juzgado de primera instancia es irrelevante el monto de la controversia; sólo importa que el objeto a embargar o la persona se encuentre en el distrito del juzgado de primera instancia.⁵⁶⁷

1.4.2.- Solicitud:

El *Arrestprozeß* comienza con la solicitud del *Arrest*, establecido en el art. 920 ZPO, en la que el solicitante ha de determinar y acreditar su derecho, expresando su cuantía o valor monetario, así como el fundamento de su solicitud, la forma del *Arrest* y además del *periculum in mora*. El posterior desarrollo del proceso depende de si el *Arrest* se adopta o no con previa audiencia del afectado. La decisión al respecto la adopta el tribunal siguiendo su propio criterio, en función del caso concreto, de acuerdo a lo dispuesto en el art. 921 párrafo 1º ZPO.

1.4.3.- Decisión:

a) Decisión por sentencia.- Si el tribunal acuerda que haya comparecencia de las partes, para una vista o *mündliche Verhandlung*, se aplican las reglas generales al respecto, con lo que es posible llegar incluso a un proceso de rebeldía.⁵⁶⁸ El tribunal resuelve sobre la solicitud mediante sentencia, que es notificada de oficio a la contraparte, según los arts. 922 párrafo 1º, 317 párrafo 1º y 270 párrafo 1º ZPO. Esta sentencia, sea cual sea su contenido, puede ser recurrida en apelación o *Berufung*, según lo establece el art. 511 ZPO, pero nunca en casación.⁵⁶⁹ La exclusión de la casación a la Corte Federal tiene por consecuencia, que los Superiores Tribunales Estatales resuelvan diversamente las prescripciones procesales. Una unificación lamentablemente no puede lograrse por carencia de posibilidad de intervención de la Corte Federal de Justicia.⁵⁷⁰

⁵⁶⁷ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 532.

⁵⁶⁸ GRUNSKY, Wolfgang, “*Grundlagen...*” op.cit., ns. 28-29 pag. 395

⁵⁶⁹ GRUNSKY, Wolfgang, “*Grundlagen...*” op.cit., n.30, pag. 396; HEINZE, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 24, pag. 664.

⁵⁷⁰ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 535.

b) Decisión por resolución.- Si por el contrario el tribunal no estima necesaria la audiencia a la contraparte, su decisión estará contenida en una resolución, así lo establece el art. 922 párrafo 1º. Tanto el legislador alemán como la jurisprudencia alemana coinciden en señalar que en casos especiales de urgencia deberá adoptarse el *Arrest* sin deliberación oral y sólo en casos difíciles y especialmente complicados con base en una previa deliberación oral.⁵⁷¹ En caso de que acceda al *Arrest*, el solicitante de la cautela debe notificar al afectado según las reglas del art. 922 párrafo 2º ZPO. Si el auto es denegatorio del *Arrest* solicitado, cabe recurso frente a él, en concreto, un recurso devolutivo denominado *Beschwerde*, art. 567 párrafo 1º. Si el auto es favorable y ordena el *Arrest*, el afectado con la cautela puede en todo momento interponer oposición denominada *Widerspruch* en el art. 924 párrafo 1º ZPO, para que tenga lugar la audiencia a la que tiene derecho. En esta oposición, la parte que se opone ha de hacer valer los motivos en que se apoya para lograr el levantamiento del *Arrest*, art. 924 párrafo 2º ZPO, aunque no impide la ejecución del *Arrest*, art. 924 párrafo 3º ZPO. Sin embargo, el tribunal puede tomar una disposición provisional según el art. 707 y suspender provisionalmente la ejecución. Tras la oposición, el tribunal decide acerca de la corrección del *Arrest* mediante sentencia, en la que puede confirmarlo total o parcialmente, modificarlo o levantarlo, o bien hacer depender la confirmación, modificación o levantamiento de que se preste la caución, art. 925 ZPO. Finalmente, contra esta sentencia cabe la apelación art. 511 ZPO.⁵⁷²

En la resolución que acuerda el *Arrest*, se denomina con independencia en qué forma ha sido dictada (resolución o sentencia) *Arrestbefehl*, ésta ha de fijar una suma de dinero denominada de “liberación”, cuya consignación permite impedir la ejecución del *Arrest*, según el art. 923 ZPO. El monto de liberación corresponde al monto dinerario a asegurar incluidos los accesorios: intereses, gastos, costas, etc.; esta figura se equipara a la caución sustitutoria de la medida cautelar, del ordenamiento español.⁵⁷³

Como sabemos esta caución sustitutoria no debe ser confundida con la caución como requisito para la adopción de la medida cautelar. A esta segunda caución, la ZPO

⁵⁷¹ PAULUS, Christoph G., *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung*, Berlin, 1996, pag. 707; LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pags. 533 y 534.

⁵⁷² GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 85; LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 535.

⁵⁷³ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 534.

la denomina *Sicherheitsleistung*, y no es obligatoria como presupuesto para la adopción de la *Arrest*, pero puede cumplir una doble función⁵⁷⁴, como:

a) Es sustitutivo del acreditamiento de alguno de los presupuestos del *Arrest*. En efecto el art. 921 ZPO establece que, en los casos en que no se haya acreditado la apariencia de derecho o el peligro de que se frustre la ejecución, el Tribunal puede no obstante acordar el *Arrest*, siempre que el solicitante preste fianza. Podemos apreciar que esta es una diferencia importante respecto del ordenamiento español, puesto que si no concurren ambos presupuestos en la medida cautelar, ésta será rechazada.

b) El tribunal puede condicionar la adopción del *Arrest* a la prestación de caución por parte del solicitante, aunque se hayan acreditado sus presupuestos, según el art. 921, párrafo 2º ZPO. Al igual que en el ordenamiento español, la caución cumple una función de aseguramiento de la eventual indemnización de daños y perjuicios que la medida pueda causar a la contraparte.⁵⁷⁵

1.5.- Ejecución del *Arrest*

La resolución que acuerda el *Arrest* ha de ser llevada a efecto, lo que implica una fase de ejecución, denominada *Vollziehung des Arrestes*, a la que se aplican de modo subsidiario los preceptos generales de la ejecución forzosa, arts. 928 y siguientes ZPO; aunque sin que en ningún caso pueda llegarse a una plena satisfacción del acreedor.⁵⁷⁶

La ejecución del *Arrest* sobre el patrimonio mobiliario tiene lugar mediante el embargo de bienes, denominado *Pfändung*, según el art. 930 párrafo 1º ZPO, como es evidente, al ser sólo una medida cautelar no puede pasarse a la venta en subasta de los bienes embargados. Este embargo concede a la parte que obtuvo el *Arrest* una preferencia, art 804 párrafo 3º ZPO, incluso frente a otros acreedores que disponen de

⁵⁷⁴ MORBACH, Bertram, *Einstweiliger...* op.cit., pags. 43-44; HARTMANN-BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS, *Zivilprozeßordnung*, págs. 2033-2034; HEINZE, *Münchener Kommentar ZPO* ns 7-13, págs. 656-657; GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 5-12, págs. 381-383.

⁵⁷⁵ GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, Nro.7, pág. 382; HEINZE, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 8, pág. 656.

⁵⁷⁶ VOGG, Stefan, *Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollstreckbarkeit*, Berlín, 1991, pág. 115; JAUERNING, Othmar, ob. cit., pág. 155; GRUNSKY, Wolfgang, "*Grunlagen...* op.cit., pág. 281.

un título firme. Al igual que ocurre en nuestro derecho, una vez obtenido título ejecutivo en el proceso principal, el carácter meramente preventivo del embargo se convierte en ejecutivo, sin necesidad de que medie resolución judicial alguna al respecto,⁵⁷⁷ quedando facultado el acreedor a su realización, si se cumplen los demás presupuestos de ejecución. Así lo reconoce también la jurisprudencia alemana en el BGHZ *Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (colección de fallos de la Corte Federal de Justicia en asuntos civiles Nro. 66, 394 a 397).⁵⁷⁸

La ejecución sobre los bienes inmuebles o derechos inmobiliarios se lleva a cabo mediante la inscripción de una hipoteca de garantía a favor del crédito en defensa del cual se obtuvo el *Arrest*, a esta inscripción se le denomina *Sicherungshypothek*, art. 932 ZPO. La cuantía máxima por la que el inmueble responde es la fijada en la sentencia o auto que ordenaron el *Arrest* según lo dispuesto en el art. 923 ZPO.

1.6.- Alzamiento del *Arrest*

Una de las estrategias que puede utilizar el afectado para lograr el alzamiento de la medida cautelar, es que si el proceso principal aún no se haya incoado, solicitará al tribunal que acordó el *Arrest*, que el acreedor interponga dentro de un determinado plazo la demanda principal. Si el acreedor no cumple en el plazo previsto, el *Arrest* se podrá levantar, a instancia de parte y tras una comparecencia en la que intervengan ambas partes, art. 926 ZPO. El levantamiento del embargo entonces tiene lugar por sentencia definitiva (art. 926 párrafo 2º). Si la orden de embargo se levanta por omisión de promover la demanda en plazo, el acreedor además se hace responsable por los daños y perjuicios que hubiera ocasionado.⁵⁷⁹ Aquí existe una gran diferencia con el ordenamiento español, puesto que es la misma ley la que fija el plazo para interponer la demanda principal, mientras que en el proceso alemán es el mismo deudor el que debe solicitar se señale el plazo para la incoación de la demanda.⁵⁸⁰

⁵⁷⁷ GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 11, pag. 455; HEINZE, *Münchener Kommentar*, Nro. 12-14, pag. 699 y 700.

⁵⁷⁸ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 536.

⁵⁷⁹ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 536.

⁵⁸⁰ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...op.cit.*, pags. 85 y 86.

Asimismo, la resolución que concede el *Arrest* deberá contener una cláusula de ejecución, así lo dispone el art. 929 párrafo 1º ZPO; incluso puede ejecutarse antes de su notificación al afectado, art. 929 párrafo 3º Sin perjuicio de lo antes señalado, la ejecución del *Arrest* deberá realizarse en el plazo máximo de un mes desde que le fue comunicado al acreedor, art. 929 párrafo 2º ZPO. Transcurrido ese plazo, la ejecución es inadmisibles (BGHZ 112, 356) con ello se quiere evitar una ejecución tras la modificación de las circunstancias y una sorpresa al deudor., Además la disposición del embargo pareciera no haber sido tan urgente, si el acreedor deja transcurrir más de un mes de tiempo para su ejecución.⁵⁸¹

Es igualmente ineficaz la ejecución cuando la orden de *Arrest* no se notifique al afectado en el plazo de una semana desde la fecha en que se ejecutó, art. 929 párrafo 3º ZPO. Por último, el *Arrest*, aún ejecutado, queda también sin efecto si se consigna la suma de dinero determinada en la sentencia o resolución en que se acordó, art. 923 y 934 ZPO.⁵⁸²

2.- La *Einstweilige Verfügung*

2.1.- Concepto

En alemán significa literalmente “disposición provisional”, es la denominación genérica de un conjunto heterogéneo de medidas provisionales o cautelares que sirven para alcanzar los fines más diversos. Es decir que en realidad esta medida hace las funciones de una medida cautelar genérica o innominada, puesto que puede adoptar muchas formas de acuerdo al proceso que se pretende garantizar y proteger.⁵⁸³

Por eso, lo que la ZPO denomina *einstweilige Verfügung* no existe en realidad como tal, sino que es la manera en que se denomina todas aquellas medidas que están destinadas, en mayor o menor medida, a asegurar la realización de derechos que no

⁵⁸¹ OTTE, Karsten, “Beschränkte Nachprüfbarkeit internationaler Zuständigkeit im Arrestverfahren“, *ZIP*, Zeitschrift für Wirtschaftsrecht – Revista- 1991, 1048; SCHWERTNER, “Zur Dogmatik des Arrestprozesses“, *NJW*, 1970, 222; LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán* op.cit., pag. 537.

⁵⁸² GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 87.

⁵⁸³ JAUERNING, Othmar, “Der zulässige Inhalt einstweiliger Verfügungen”, *ZZP*, 1966, págs.. 321-347.

consistan en créditos pecuniarios.⁵⁸⁴

La ZPO regula el *Arrest* y la *einstweilige Verfügung* sin solución de continuidad y, en concreto, el art. 936 ZPO hace una remisión en bloque para la *einstweilige Verfügung* de todos aquellos preceptos relativos al *Arrest*, con las únicas excepciones que la propia ZPO prevea. La consecuencia es que dedica a la *einstweilige Verfügung* muchos menos preceptos que el *Arrest*, cuando en la práctica aquella es mucho más frecuente que éste.⁵⁸⁵ A pesar de lo antes indicado, más adelante procederemos a estudiar de forma sucinta el procedimiento que deben seguir las *einstweilige Verfügung* para resguardar el derecho que se discute o discutirá en el proceso principal.

2.2.- Clases:

La doctrina y la jurisprudencia distinguen bajo la denominación común de *einstweilige Verfügung* tres grandes grupos o clases de medidas diferentes: A.- Medida de aseguramiento o *Sicherungsverfügung*, B.- Medida de regulación o *Regelungsverfügung*, y C.- Medida de prestación o satisfacción, *Leistungsverfügung*. La delimitación puede ser difícil en el caso individual. Y finalmente la controvertida medida denominada disposición de omisión o *Unterlassungsverfügung*.⁵⁸⁶

A.- *Sicherungsverfügung* o medida de aseguramiento

Es un instrumento para conjurar el peligro de que no pueda realizarse en el futuro un derecho del solicitante que no consista en el pago de una suma de dinero, sino más bien la obtención de una prestación individual, según lo dispuesto por el art. 935 ZPO.⁵⁸⁷

El tribunal tiene la facultad de adoptar las medidas cautelares que sean necesarias e idóneas para alcanzar la finalidad perseguida, según su propio criterio, así lo dispone el art. 938 ZPO. La disposición de seguridad, tiene por objeto la seguridad de

⁵⁸⁴ GRUNSKY, Wolfgang, *Grundlagen...* op.cit., pag 278.

⁵⁸⁵ LEIPOLD, Dieter, "*Strukturfragen...* op.cit., pag. 261, MORBACH, Bertram, *Einstweiliger...* op.cit., pag. 77.

⁵⁸⁶ JAUERING, Othmar, *Zivilprozessrecht*, 24ª ed. Munich, 1993, pags. 321 y sgtes.

⁵⁸⁷ GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 29, pag. 479; y Nro. 2/ 3, pags. 504-505.

la pretensión no dineraria. Se podrían asegurar en consecuencia, sólo pretensiones, que están dirigidas a una prestación individual, como por ejemplo la entrega de objetos. La disposición de seguridad es lo opuesto al *Arrest*.

La disposición no puede exceder de una seguridad para el acreedor; por lo tanto una satisfacción está excluida. Por ejemplo, para seguridad de una pretensión de entrega puede ser ordenada una prohibición de enajenación, arts. 135 y 136 del Código Civil alemán o *Bürgerliches Gesetzbuch*; asimismo se puede disponer la entrega de la cosa debida a un depositario judicial, pero no su entrega al acreedor; de la misma manera se puede prohibir al afectado la enajenación o la constitución de cargas sobre un inmueble. El tribunal determina discrecionalmente, qué disposiciones son necesarias para el logro del objetivo a asegurar, así lo dispone el art. 98 ZPO.⁵⁸⁸

Por su parte, la doctrina suele mencionar como ejemplo la inscripción de una anotación registral. En otros ordenamientos como en el español, estos mismos objetivos se alcanzan mediante medidas típicas, por lo que debemos afirmar nuevamente que las *einstweilige Verfügungen*, son una medida cautelar genérica.⁵⁸⁹

Los presupuestos necesarios que la adopción de esta medida cautelar requiere, son dos:

A.1.) El denominado *Sicherungsverfügung* que es el *fumus boni iuris*; y

A.2.) El *Verfügungsgrund*, que es el fundamento de la necesidad de adoptar la medida cautelar. Consiste en el peligro de que suceda un cambio en la situación actual que el futuro impida o dificulte seriamente la realización del derecho de una parte, así lo establece el art. 925 ZPO. El cambio de circunstancias ha de afectar no ya a la situación patrimonial del deudor, sino al derecho individual que se pretende proteger; por ejemplo la destrucción, cambio sustancial, enajenación, deterioro de la cosa objeto del derecho. En resumen podemos afirmar que constituye el presupuesto de *periculum in mora*.⁵⁹⁰

⁵⁸⁸ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 538.

⁵⁸⁹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 90.

⁵⁹⁰ MORBACH, Bertram, *Einstweiliger...* op.cit., pag. 92, GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 11/15, pag. 50 y 509, HARTMANN-BAUMBACH-

B.- *Regelungsverfügung* o medida de regulación

A esta medida el art. 940 de la ZPO, la denomina expresamente como “medida provisional para el aseguramiento de la paz jurídica”. Este precepto permite adoptar aquellas medidas que regulen de modo provisional la situación a que ha dado origen una relación jurídica litigiosa, en los casos en que tal regulación provisional aparezca como necesaria. Esta medida se denomina así porque se utiliza como medio de evitar perjuicios graves o actuaciones violentas.⁵⁹¹

Si bien es cierto la dicción del art. 940 señala una sola finalidad, en realidad estas medidas contienen una doble finalidad: a) sirven como medio de aseguramiento de derechos, y b) para mantener la paz jurídica mientras se resuelve el proceso principal. Por ello es que a pesar de la denominación clara de esta cautela, si bien es cierto está orientada de modo preferente a la conservación de la paz jurídica en interés de la comunidad, pero lo esencial es la protección de los derechos del solicitante.⁵⁹² De ahí que el tribunal no pueda acordar una *Regelungsverfügung* de oficio y que en la determinación de su contenido rijan los principios dispositivo y de apostación de parte, establecidos en el art. 938 ZPO, referido al libre criterio de elección por parte del Tribunal para adoptar la medida más adecuada.⁵⁹³

El contenido de la medida puede ser muy variado. De modo general este tipo de medidas se suelen emplear para regular relaciones jurídicas de larga duración: derechos reales, de propiedad industrial o intelectual, derechos de la personalidad, relaciones arrendaticias o incluso societarias. Ahora bien, dado que la regulación que se ordene es sólo provisional, cuando la medida se levante recobrará vigor de modo automático la situación jurídica anterior.⁵⁹⁴ Las disposiciones de regulación dictan decisiones provisionales cuyo contenido podría ser por ejemplo: sobre el retiro de la facultad de

LAUTERBACH-ALBERS, *ZivilproceBordnung ZPO*, Nro. 16 a 17, pag. 2062, HEINZE, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 21 a 29, pag. 731 a 734.

⁵⁹¹ GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 7-12, pags. 537 a 540, HEINZE, *München Kommentar...op.cit.*, Nro. 9-14, pags. 833 a 834.; HARTMANN-BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS, *ZivilproceBordnung ZPO*, Nro. 2/11, pags. 2071 a 2073.

⁵⁹² GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 1, pag. 535, y GRUNSKY en “*Grundlagen...op.cit.*”, pag. 279.

⁵⁹³ GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 29B, pag. 480.

⁵⁹⁴ JAUERNING, Othmar, “Der zulässige ...” *op.cit.*, pags. 331 a 336.

dirigir los negocios en una sociedad de personas o la suspensión de la representación de un socio; asimismo el omitir ciertas afirmaciones para la protección del derecho a la personalidad, hasta que se resuelva sobre ello en el proceso principal.⁵⁹⁵

Aunque conceptualmente parecen diferentes, en la práctica no se suele llevar a cabo una distinción muy precisa entre *Sicherungsverfügung* y *Regelungsverfügung*, más bien sucede todo lo contrario, puesto que cuando se solicita una medida cautelar de naturaleza asegurativa, se suelen citar como fundamento legal los arts. 935 y 940 conjuntamente. Según la ZPO, el solicitante no está obligado a precisar si lo que solicita es una *Sicherungsverfügung* o una *Regelungsverfügung*. Igualmente, el tribunal no está vinculado por el fundamento legal de la solicitud. La función asegurativa de las medidas establecidas en el art. 935 ZPO es difícil de diferenciar de la función de las medidas establecidas en el art. 940 ZPO, puesto que con la defensa de un derecho, también se mantiene la paz jurídica en una situación litigiosa concreta.⁵⁹⁶

Para la adopción de una *Regelungsverfügung* también se precisa la concurrencia de los dos presupuestos generales del *Verfügungsanspruch* y del *Verfügungsgrund*:

B.1.) El *Verfügungsanspruch*, el art. 940 ZPO requiere que de la relación jurídica objeto de litigio pueda derivarse un derecho subjetivo en favor del solicitante. Por lo tanto se requiere la constatación del *fumus boni iuris*. En todo caso la relación jurídica ha de existir entre las partes y se entiende que es litigiosa cuando es discutida por alguna de ellas, o cuando se ve dañada por la conducta de la contraparte.⁵⁹⁷

B.2.) El *Verfügungsgrund*, consiste en la necesidad de la regulación provisional solicitada, como medio de evitar perjuicios, y asimismo como medio de asegurar derechos subjetivos, se trata pues de una nueva manifestación del *periculum in mora*. Si continúa la situación litigiosa sin que se proceda a una regulación provisional, se corre el riesgo de que se impida o se dificulte la realización final de los derechos

⁵⁹⁵ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 539.

⁵⁹⁶ GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro.30, pag. 480, asimismo GRUNSKY en su obra "*Grundlagen...*op.cit., pag. 279.

⁵⁹⁷ GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 2, pag. 535; y Nro. 5-6, pags. 536 a 537; MORBACH, Bertram, *Einstweiliger...*op.cit., pag. 88.

discutidos.⁵⁹⁸

C.- *Leistungsverfügung* o medida de prestación o satisfacción (*Befriedigungsverfügung*)

La doctrina la denomina *Befriedigungsverfügung*, que significa “medida de satisfacción”, esta medida ha sido fruto de la práctica jurisprudencial más que de la previsión normativa expresa, aunque un importante sector doctrinal considera una modalidad de la *Regelungsverfügung*, puesto que encontraría fundamento legal en el art. 940 ZPO.⁵⁹⁹

Estas medidas suponen un desbordamiento de la función meramente asegurativa que caracteriza a las cautelas *Sicherungsverfügungen* e, incluso aunque más matizadamente, también a las *Regelungsverfügungen*. En efecto la *Leistungsverfügung* tiene un carácter netamente satisfactivo, pues a través de ella se consigue de modo inmediato, con la adopción de la medida cautelar, una condena de dar, hacer o no hacer, que se ejecuta de modo provisional y que conduce a una satisfacción, total o parcial, del derecho del solicitante. Al tratarse de una medida cautelar esa satisfacción del derecho es siempre de carácter provisional, puesto que se encuentra subordinada al resultado del proceso principal sobre el fondo, en el que se decida con todas las garantías y con pruebas plenas, no sólo con meros acreditamientos.

El fundamento de estas medidas es que, en ciertos supuestos, el único modo de asegurar la realización futura de un derecho es procediendo ya a su realización.⁶⁰⁰ Por ello, los casos concretos en los que es admisible una *Leistungsverfügung* son bastante restringidos y se basan siempre en la presencia de una necesidad urgente o *Eilbedürfnis*. Además la prestación debe cumplirse a tan breve plazo, que la obtención de un título en

⁵⁹⁸ GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 2, pag. 535; y Nro. 5-6, pags. 536 a 537; MORBACH, Bertram, *Einstweiliger...op.cit.*, pag. 88; GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 7, pag. 537; MORBACH, Bertram, *Einstweiliger...op.cit.*, pag. 94; HARTMANN-BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS, *Zivilprozeßordnung ZPO*, pags. 2072 y 2073.

⁵⁹⁹ JAUERNING, Othmar, “Zwangsvollstreckungs“ – und *Konkursrecht*, pag. 160; ROSENBERG-GAUL-SCHILKEN, *Zwangsvollstreckungsrecht*, 10ª ed., Munich, 1987, pag. 785. Desde la perspectiva contraria, GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 31a, pag. 481, puesto que entiende que la *Leistungsverfügung* carece de todo apoyo normativo.

⁶⁰⁰ JAUERNING, Othmar, “*Der zulässige Inhalt...op.cit.*”, pag. 323.

el procedimiento de demanda normal no es posible. La jurisprudencia permite la disposición de prestación sólo en pocas situaciones de excepción y la vincula a estrictos presupuestos, porque las consecuencias de un cumplimiento provisional con frecuencia son irreparables.⁶⁰¹

La *Leistungsverfügung* puede tener contenidos muy variados, al igual que ocurre con las demás modalidades de *einstweilige Verfügung*, el Tribunal decidirá según su libre criterio, art. 938 ZPO, dentro de los límites del principio dispositivo.

Se deben cumplir los presupuestos exigidos para toda medida provisional. El *Verfügungsgrund* consiste en la existencia de una situación de necesidad urgente, que requiere una actividad jurisdiccional inmediata, o al menos rápida, y que como señalamos anteriormente, es incompatible con la duración de un proceso ordinario. Además debe concurrir el peligro de que un derecho pueda sufrir perjuicios irreparables y la satisfacción de tal derecho ha de ser el único modo de conjurar ese peligro. Se trata, por tanto de una situación de *periculum in mora* agravado.⁶⁰²

El *Verfügungsanspruch*, por su parte, no deja de ser un *fumus boni iuris*, aunque con un nivel superior de verosimilitud. El solicitante ha de acreditar la existencia de un derecho a su favor que justifique una medida tan drástica y de efectos a menudo irreparables como es una *Leistungsverfügung*. Por ello, el grado de acreditamiento de los presupuestos de la medida que se exige a la hora de acordar una *Leistungsverfügung* es muy superior al requerido cuando se acuerda cualquier otra *einstweilige Verfügung*.

Los presupuestos en que se funda la solicitud de medidas cautelares han de ser solamente acreditados, no probados. Ahora bien, cuanto más lesiva sea para la esfera de la contraparte la medida solicitada, tanto más exhaustivo y completo habrá de ser el acreditamiento que haga el solicitante para que el Tribunal acceda a su solicitud.⁶⁰³

Existe doctrina, que sostiene de forma muy rígida que existen se aplican excepcional y únicamente tres grupos de casos, en los que es admitida en forma sólo y

⁶⁰¹ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pags. 539 y 540.

⁶⁰² MORBACH, Bertram, *Einstweiliger...* op.cit., pags. 95 y 96

⁶⁰³ GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 36, pág. 483; y asimismo en “Grundlagen...” op.cit., pag. 283.

totalmente excepcional la disposición satisfactoria o de prestación, *Leistungsvergütung*: a) la entrega de una cosa tras uso indebido de la fuerza propia, b) la omisión que constituya una violación jurídica como el pago de asistencia; y c) la omisión del pago de indemnización de daños en casos de aguda necesidad, si el presunto acreedor lo necesita para asegurar su existencia. Así podemos citar como ejemplos: el pago por cuotas para pretensiones corrientes de asistencia; el pago de salarios por el monto de la necesaria asistencia por una duración determinada; y el pago de adelantos para gastos de asistencia facultativa y de tratamiento para evitar serios daños personales permanentes.⁶⁰⁴

Actualmente en la práctica, existe una corriente contraria, a través de la cual esta rigidez para la adopción de la *Leistungsverfügung* ha disminuido considerablemente, ya que los jueces están extendiendo la utilización de esta medida, para regular diferentes situaciones, dentro de los cuales podemos mencionar los siguientes:

C.1.) *Leistungsverfügung* dirigida a la obtención de un pago, esta medida contiene en ciertos supuestos una condena pecuniaria. Dado que la condena se justifica en la necesidad urgente, su cuantía ha de ser mínima para satisfacer esa necesidad, aunque la cuantía del derecho pretendidamente subyacente sea superior. Su campo de aplicación más frecuente es cuando se solicita un pago necesarísimo para la subsistencia del peticionante, como por ejemplo el de los créditos alimenticios, créditos sobre prestaciones sociales y créditos salariales.

C.2.) *Leistungsverfügung* dirigida a obtener la entrega de una cosa, se utiliza como medio de defensa de la posesión, lo que en la legislación española es el interdicto de recobrar. También se usa como medio de recuperar ciertos bienes que el solicitante necesita para obtener su sustento, por ejemplo instrumentos de trabajo.

C.3.) *Leistungsverfügung* dirigida a obtener una condena de no hacer, se pretende que la persona frente a la que se dirige la medida se abstenga de realizar cierta actividad. Su frecuencia en la práctica es cada vez mayor, específicamente para la protección de los Derechos de autor, además de otros sectores como el Derecho de la

⁶⁰⁴ HEINZ ,Thomas y PUTZO, Hans , *Zivilprozessordnung*, 19ª Ed. Munich 1995, pags. 7 y sgtes; asimismo LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pags. 539 y 540.

competencia, la propiedad industrial; también en la protección de los derechos de la personalidad, como el honor o la propia imagen. En la práctica es el instrumento más utilizado para la prevención de infracciones.

C.4.) En sentido contrario a la anterior, la *Leistungsverfügung* se utiliza para pretensiones de hacer, como por ejemplo obtener una declaración de voluntad de la contraparte, o para que se le ordene la realización de cierta actividad. Incluso en ciertos casos han llegado a darse *Leistungsverfügungen* de carácter declarativo y constitutivo.⁶⁰⁵

Además determinadas leyes especiales, como la de propiedad industrial y competencia desleal, prevén la *Leistungsverfügung* como instrumento para la tutela provisional o cautelar de los derechos que regulan, con lo que, en cierto modo le atribuyen un contenido típico.⁶⁰⁶ Así el art. 25 de la Ley contra la Competencia Desleal o *Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb*, establece la posibilidad de acordar a través de una *einstweilige Verfügung* la cesación provisional de un acto contrario a los preceptos legales, incluso aunque no concurren los presupuestos previstos en los arts. 935 y 940 de la ZPO; en materia de patentes, en los procesos en que se reclame la concesión de una licencia obligatoria, el art. 85 de la Ley de Patentes o *Patentgesetz*, permite conceder al actor, a través de una *einstweilige Verfügung*, el derecho a utilizar la invención mientras dure el proceso, si acredita la concurrencia de los presupuestos para la obtención de la licencia.

Esta mayor profundidad en la cognición exigida para poder acordar este tipo de medidas nos lleva a plantearnos una última cuestión en relación con la *Leistungsverfügung*, la de su carácter sustitutorio de la resolución sobre el fondo.⁶⁰⁷

En principio, la *Leistungsverfügung* no es más que una medida provisional, por lo que la parte que obtuvo a su favor una de estas medidas no tiene la misma posición que quien obtuvo el reconocimiento de su derecho en un proceso declarativo ordinario.

⁶⁰⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 95.

⁶⁰⁶ SCHUSCHKE, Winfried - WALKER, Wolf Dietrich "Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar zum achten Buch der Zivilprozessordnung". *Band II Arrest, einstweilige Verfügung, arts. 916 a 945 ZPO*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1995, Nro. 75 y sgts, pags. 87 y sgts.

⁶⁰⁷ WEBER, Gordon, *Die Verdrängung des Hauptsacheverfahrens durch den einstweiligen Rechtsschutz in Deutschland und in Frankreich*, Colonia, 1993, pag. 39 a 41.

El afectado con la medida goza de varios medios de impugnación, siempre puede forzar la incoación de un proceso ordinario sobre el fondo, según el art. 926 ZPO, y puede, además, promover el alzamiento de la medida por cambio de circunstancias, como lo prevé el art. 927 ZPO, entre otras alternativas imaginables. Estas medidas dan paso, por tanto, a una situación provisional o interina, que sólo puede convertirse en definitiva tras la sustanciación de un proceso ordinario sobre el fondo.⁶⁰⁸

Todo esto es cierto desde el punto de vista estrictamente teórico. La realidad práctica es, sin embargo, muy diferente. Dado que una *Leistungsverfügung* permite a menudo obtener lo mismo que se obtendría tras un proceso declarativo ordinario y de modo mucho más rápido, es frecuente acudir a ella, como un “proceso declarativo acelerado”⁶⁰⁹, lo que se ve favorecido por el hecho de que la vinculación entre el proceso principal y proceso cautelar no viene automáticamente prefijada en la ZPO, art. 926.⁶¹⁰

De hecho, la práctica extraprocesal originada en los procesos sobre competencia desleal ha sancionado esta tendencia de dotar de carácter definitivo a la regulación a la que se llega mediante una *Leistungsverfügung*, a través de la denominada *Abschlussklärung* o declaración de conclusión, ésta en algunos casos se trata de un medio contractual para equiparar una medida provisional a un título definitivo y evitar así el posterior desarrollo de un proceso principal, con lo que la cuestión litigiosa queda definitivamente “concluida”.⁶¹¹

Asimismo la *Abschlussklärung*, en otros casos puede consistir en una declaración de voluntad del sujeto pasivo de una *Leistungsverfügung*, en la cual renuncia al ejercicio de cualesquiera medios a su alcance que sean idóneos para privar de eficacia a la *Leistungsverfügung*, esta renuncia hace que cualquier solicitud de tutela

⁶⁰⁸ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 96.

⁶⁰⁹ GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 35, pag. 483.

⁶¹⁰ WEBER, Gordon, *Die Verdrängung...* pag. 40.

⁶¹¹ MORBACH, Bertram, *Einstweiliger...* op.cit., pags. 116 a 120; WEBER, Gordon, *Die...* op.cit., pag. 39, BERNEKE, Wilhelm, *Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbsachen*, Munich, 1995, pags. 192 a 202, BAUMBACH, Adolf y HEFERMEHL, Wolfgang, “Bestechung von Angestellten UWG §12”, en *Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Zugabeverordnung, Rabattgesetz un Nebengesetze*, 19 ed. Munich, 1996, Nro. 99-105, pags. 1393 a 1396.

jurisdiccional que realice contradiciéndola sea rechazada por falta de interés legítimo.⁶¹² Esta declaración de la parte pasiva es la respuesta a su requerimiento que le formula quien obtuvo a su favor la *Leistungsverfügung*, y significa un reconocimiento de que el contenido de la medida provisional será la regulación definitiva del asunto.

De modo que, en la práctica, la *Leistungsverfügung* ha perdido su condición de medida cautelar y aparece cada vez con mayor frecuencia como instrumento para la solución definitiva de conflictos entre particulares y, de esta forma, sustituye en su función al proceso ordinario de declaración.⁶¹³

D.- La disposición de omisión o *Unterlassungsverfügung*

Está cuestionada la ubicación de esta disposición de omisión, que en la actualidad tiene su principal campo de aplicación en el derecho de competencia y de prensa y sirve allí en primera línea para asegurar pretensiones de omisión. Así por ejemplo en el año 1978 en la 17ª Sala Civil del Tribunal Estatal de *Düsseldorf*, competente para asuntos de competencia, aproximadamente 78% de los ingresos correspondieron a procedimientos de disposición provisional, es decir sustancialmente más que procedimientos ordinarios.

La más nueva doctrina incluye las disposiciones de omisión, es decir las órdenes de prohibiciones, que los tribunales pronuncian por intermedio de disposiciones provisionales con base en pretensiones de omisión, a las disposiciones de satisfacción, ya que la prohibición provisional de la pretensión de omisión, en todo caso provisionalmente, es cumplida.⁶¹⁴

E.- La *einstweilige Anordnung*

En el ordenamiento procesal alemán se le denomina como “órdenes provisionales”, son medidas expresamente previstas para regular de modo provisional ciertas relaciones jurídicas durante la tramitación de los procesos matrimoniales y de

⁶¹² WEBER, Gordon, *Die...* op.cit., pag. 39; BERNEKE, Wilhelm, *Die einstweilige...* op.cit., pag. 193; BAUMBACH, Adolf - HEFERMEHL, Wolfgang, *Wettbewerbsrecht...* op.cit., pag. 1393.

⁶¹³ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 98.

⁶¹⁴ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 540.

filiación. Por lo tanto son medidas que se aplican de forma exclusiva estos procesos.

La regulación se encuentra dispersa tanto en la ZPO y como en el BGB *Bürgerliches Gesetzbuch* o Código Civil alemán. Mediante las *einstweilige Anordnungen* previstas en los art. 620 a 620-g ZPO se pueden regular de modo provisional, durante la tramitación de un proceso matrimonial, prácticamente todas aquellas cuestiones que se verán después de afectadas por la sentencia, como por ejemplo la patria potestad sobre hijos comunes, su custodia o la obligación alimenticia en favor de los hijos menores de edad o de alguno de los cónyuges.⁶¹⁵

Estas medidas provisionales no las mencionamos dentro de nuestra clasificación, puesto que carecen de relevancia para nuestro estudio, dado que se adoptan en el curso de procesos cuyo objeto es totalmente diferente a los Derechos de autor.

2.3.- Procedimiento:

Los diferentes tipos de *einstweilige Verfügung*, una vez presentada la solicitud, dan lugar a un procedimiento muy similar al *Arrestprozeß* dado que la ZPO en el art. 936 realiza una remisión en bloque a los preceptos que lo regulan para todo lo referente a la *einstweilige Verfügung*. Ahora bien, es cierto que en esencia el proceso es el mismo, pero dados los casos específicos para los que se utiliza y los derechos que se pretenden proteger, existen ciertas diferencias que procederemos a analizar.

2.3.1.- Competencia:

En cuanto a la competencia para la adopción de una *einstweilige Verfügung*, sin importar el tipo que sea, la regla general es que corresponde al tribunal del proceso principal, así lo prevé el art. 937 ZPO. Sólo en casos de excepcional urgencia es competente el Juzgado de primera instancia del lugar en que se halle situado el objeto litigioso, según lo dispuesto por el art. 942 ZPO. La urgencia se debe reconocer, cuando

⁶¹⁵ ALBERS, BAUMBACH, LAUTERBACH y HARTMANN, *Zivilprozeßordnung*, 5ª edición, Munich, 1994, pags. 1 493 y sgtes.; SCHLOSSER, Peter, *ZPO*, 21ª ed. Tubinga, 1996, pags. 158 y sgtes.; KLAUSER, Andreas, *Münchener Kommentar ZPO*, pags. 973 y sgtes.; ALBRECHT, Christian, *Das EuGVÜ und der einstweilige Rechtsschutz in England und in der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1991, pags. 36 y 37; ROSEMBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz y GOTTWALD, Peter, *ZPR*, 15ª Ed. Munich, 1993, art. 169 IV 2 a, pag. 1059.

en caso de una decisión del tribunal de lo principal se produciría para el pretendiente una demora perjudicial. No interesa la urgencia, cuando la disposición provisional se dirige a la inscripción de una preanotación o de una oposición en el registro de propiedad, art. 942 párrafo 2º.⁶¹⁶ (pags. 540 y 541). En caso que el proceso principal se encuentre en apelación, será competente el tribunal que conoce la apelación, así lo dispone el art. 943 párrafo 1º ZPO.

2.3.2.- Audiencia de las partes:

Si es competente el tribunal de lo principal, entonces éste una vez reciba la solicitud de la medida, deberá citar a las partes para una comparecencia, llevándose a cabo una audiencia previa y posteriormente a ésta procederá a resolver la procedencia de la solicitud de cautela.. Solamente puede prescindirse de una deliberación oral en casos urgentes, art. 937 párrafo 2º. En tanto la urgencia lo haga necesario, también pueden decidir sólo el presidente de la sala por sí en lugar de la sala. Las decisiones sin deliberación oral se dictan por resolución, en caso distinto por sentencia.

En cambio si el competente es el juzgado de primera instancia, entonces puede prescindirse de una deliberación oral, art. 942 párrafo 4º. En las disposiciones provisionales dictadas por el tribunal de primera instancia debe fijarse un plazo de oficio (art. 942 párrafo 1º) –en los casos del art. 942 párrafo 2º (inscripción de una preanotación o de una oposición contra la exactitud del registro inmobiliario) a petición-, dentro del cual debe solicitarse la citación del contrario a la deliberación oral sobre la juridicidad de la disposición provisional en el tribunal de lo principal. Transcurrido, sin efecto tal plazo, la disposición provisional debe ser levantada nuevamente por el juzgado de primera instancia a petición, art. 942 párrafo 3º.⁶¹⁷

A pesar que del texto legal puede deducirse que la regla es que se lleve a cabo la audiencia previa⁶¹⁸, en la práctica son muy frecuentes las *einstweilige Verfügungen* que

⁶¹⁶ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pags. 540 y 541.

⁶¹⁷ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 541.

⁶¹⁸ GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 4, pag. 515; HEINZE, *Münchener Kommentar ZPO*, ns. 7-7ª, pags. 516 a 517; HARTMANN, *Zivilprozeßordnung*, Nro. 3-4, pag. 2066.

se adoptan *inaudita altera parte*.⁶¹⁹ Ello ha conducido al desarrollo de una muy peculiar práctica de naturaleza extraprocesal, el del llamado *Schutzschrift* o escrito de defensa.⁶²⁰ El *Schutzschrift* es un documento dirigido al tribunal, con el cual la persona que previsiblemente será afectada por una *einstweilige Verfügung*, o también un *Arrest*, formula de modo anticipado alegaciones al respecto, con el objeto que la solicitud si se presenta, no sea acogida o que, al menos, no lo sea sin conceder previa audiencia al futuro demandado. Se trata, por tanto, de un mecanismo de defensa frente a eventuales solicitudes *inaudita parte* de medidas provisionales.⁶²¹

El campo de aplicación originario del *Schutzschrift* lo constituyeron los procesos sobre competencia desleal,⁶²² pero hoy en día es de uso común en todos los procesos cautelares.⁶²³ El detonante a la hora de presentar un *Schutzschrift* dirigido al Tribunal, suele ser normalmente una advertencia previa por parte del acreedor, en el sentido de que adoptará medidas judiciales en caso de que el deudor no satisfaga voluntariamente su pretensión, sólo así se explica que el sujeto puede sospechar que tal vez, la parte contraria se decida a solicitar medidas cautelares en su contra.⁶²⁴ Respecto a la forma, este escrito no precisa de la firma de abogado y, en caso de que se dude acerca de cuál será el tribunal al que el actor dirigirá su solicitud, lo usual en la práctica es, que se dirigen varios escritos, a todos aquellos que en abstracto sean competentes para conocer del asunto.⁶²⁵ Aunque no tiene carácter vinculante, en la práctica es tenido en cuenta por el tribunal, ya que en cuanto se presente la solicitud de cautela se incorporará al expediente como una pieza documental.⁶²⁶

2.3.3.- Impugnación:

Los medios de impugnación, tanto del solicitante como de la persona frente a la

⁶¹⁹ MONARCH, Bertram, *Einstweiliger...* op.cit., pag. 83.

⁶²⁰ MONARCH, Bertram, *Einstweiliger...* op.cit., pags. 49 a 51, BERNEKE, Wilhelm, *Die einstweilige...* op.cit., pags. 79 a 82, GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 7-7ª pags. 516 a 517; HEINZE *Münchener Kommentar ZPO*, pag. 937, ns. 11 a 16.

⁶²¹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 99.

⁶²² HEINZE, *Münchener Kommentar ZPO*, art. 937, ns. 11, pag. 811.

⁶²³ GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 7, pag. 516.

⁶²⁴ BERNEKE, Wilhelm, *Die einstweilige...* op.cit., pag. 79.

⁶²⁵ BERNEKE, Wilhelm, *Die einstweilige...* op.cit., pag. 80.

⁶²⁶ GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Münchener Kommentar ZPO*, Nro. 7, pag. 516; BERNEKE, Wilhelm, *Die einstweilige...* op. cit., pag. 81.

que se acordó la medida son los mismos que para el *Arrest*, y se determinan según, si la disposición provisional se dictó con o sin deliberación oral. Asimismo es idéntico el régimen de reparación de los daños y perjuicios en caso de que se demuestre la incorrección de la medida, art. 945 ZPO.

2.3.4.- Ejecución:

Por último, cabe señalar que la ejecución de la *einstweilige Verfügung* no está legalmente predeterminada, pues se halla en función del contenido de la concreta medida acordada, aunque en todo caso está sujeta al plazo improrrogable de un mes que señala el art. 929 ZPO.⁶²⁷

La ejecución de una medida de seguridad o una de regulación se guían por los mismos principios que la ejecución del *Arrest*. Sin embargo, para la ejecución de una Medida de prestación o de satisfacción las disposiciones de ejecución del *Arrest*, sólo le son aplicables con alcance limitado. En especial no rigen los arts. 930 a 932 ZPO, porque dichas prescripciones se limitan solamente a una seguridad de pretensión, en la Medida de prestación o de satisfacción en cambio justamente, aunque sólo provisionalmente, debe tener lugar una satisfacción del acreedor. Por ello tales prescripciones son sustituidas por las prescripciones generales sobre la ejecución forzada, en especial sobre la ejecución de peticiones dinerarias. Por tal motivo las peticiones no son prendadas por el tribunal del *Arrest*, sino por el tribunal de ejecución competente según el art. 828 y transferidas para su percepción.⁶²⁸

3.- La pretensión de indemnización de daños ocasionados por la medida cautelar del art. 945 ZPO

Existe una responsabilidad de quien obtiene y ejecuta un *Arrest* o una *einstweilige Verfügung*, dado que lo hace a su propio riesgo. Si con posterioridad se comprueba, que la adopción estaba injustificada, entonces el peticionante debe indemnizar a su contrario los daños emergentes que haya ocasionado, art. 945 ZPO. Es

⁶²⁷ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 100.

⁶²⁸ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 542.

irrelevante la culpa.

La pretensión de indemnización basada en el art. 945 se hace valer en un procedimiento civil normal y por cierto no en el proceso principal del cual es instrumento la medida cautelar cuestionada. Este proceso tiene como objeto fundamentalmente la comprobación, de si la pretensión o el fundamento de las medidas cautelares ya estaba ausente desde el comienzo. El demandado en este proceso, es decir quien obtuvo a su favor la medida cautelar, debe aclarar por sí, si la medida originariamente estuvo justificada o no. Para esto existe una gran controversia acerca de si deberán influir las particularidades específicas del caso en concreto, y asimismo si se deberán comparar al efecto con otros antecedentes.⁶²⁹

Según la jurisprudencia alemana, existe una vinculación del juez de la indemnización existe cuando se ha decidido con fuerza de cosa juzgada sobre la pretensión del proceso principal que estaba garantizado con la medida cautelar cuestionada. *BGHZ Entscheidungssammlung des Bundesgerichtshofs in Zivilsachen* (colección de fallos de la Corte Federal de Justicia en asuntos civiles) 122, pags. 172 a 175; asimismo *BGH Bundesgerichtshofs* (Corte Federal de Justicia); *NJW Neue Juristische Wochenschrift* (Revista) 1988, 3268, 1989, pag. 106.⁶³⁰

El alcance de la obligación de reparar el daño se rige según art. 249 y sgtes. *BGB Bürgerliches Gesetzbuch* (Código Civil alemán). Se debe indemnizar adecuadamente el daño mediato e inmediato provocado por la ejecución de la medida cautelar levantada (*BGHZ* 96, 1 (2); 120, 261). Por el contrario, no es susceptible de ser indemnizado un daño resultante de la sola disposición de la medida, pero no de su ejecución. La jurisprudencia alemana señala que no se puede pedir indemnización de daños según el art. 945 con la afirmación, de que la disposición de la cautela haya perjudicado comercialmente el buen nombre de una empresa.⁶³¹

⁶²⁹ ZÖLLER, Richard y VOLBKOMMER, *Zivilprozessordnung*, 20ª Ed. Colonia 1997, pags. 9 y 10.

⁶³⁰ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pags. 542 y 543.

⁶³¹ LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, op.cit., pag. 543.

II.- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ITALIANO

Uno de los temas predilectos de la doctrina procesalista italiana ha sido y sigue siendo el de las medidas cautelares. El estudio de la materia ha cobrado además especial intensidad en los últimos años, como consecuencia de la reforma procesal civil operada por la Ley Nro. 353 de 26 de noviembre de 1990, que ha introducido importantes novedades en el *Codice di procedura civile* en sede de medidas y procedimientos cautelares.⁶³²

1.- Parte General de las Medidas Cautelares

El *Codice di procedura civile* (en adelante CPC) cumple una función importantísima, puesto que después de la reforma, la legislación italiana se inclinó por establecer un tratamiento procedimental unificado de todas las medidas cautelares. Es decir que, antes de regular las diferentes medidas cautelares específicas, se ha introducido una parte general, en la que se abordan todas aquellas cuestiones procedimentales que pueden resultar comunes a cualquier medida, desde la solicitud hasta su modificación o extinción. La consecuencia es una reglamentación minuciosa y detallada del proceso cautelar en la que, se prevé de modo expreso el supuesto de que las medidas cautelares solicitadas en Italia estén destinadas a servir de apoyo a un proceso que se sustancie en el extranjero o a un procedimiento arbitral.

Estas normas procesales comunes integran la Sección I, denominada “De los procedimientos cautelares en general”, del Capítulo III, que lleva por encabezado “De los Procedimientos cautelares” del Título I, que trata “De los procedimientos sumarios”, del Libro IV “De los procedimientos especiales” del *Codice*; que se encuentran regulados en los arts. 669-bis a 669-terdecies y, que establecen lo siguiente:

⁶³² GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...op.cit.*, pag. 106.

2.- Competencia

La regla general con la que se atribuye competencia para adoptar medidas cautelares le corresponde al juez del proceso principal, así lo establece el art. 669-*quater* CPC. En caso que se soliciten las medidas *ante causam*, será competente el juez que lo sea para conocer en el futuro del proceso principal, art. 669-*ter*. Y cuando el proceso principal se desarrolle ya o haya de desarrollarse en el extranjero, la competencia se atribuye al juez italiano del lugar en que deba ejecutarse la medida cautelar, así lo prevén los arts. 669-*ter* y 669-*quater* CPC. Además, si acontece que el asunto está sometido a arbitraje, o se encuentra pendiente un proceso arbitral, la solicitud de medidas cautelares debe formularse al juez italiano que hubiera sido competente para conocer del fondo del asunto, según el art. 669-*quinquies* CPC.⁶³³

3.- Procedimiento

El CPC establece como regla general que las medidas cautelares se acuerdan tras oír a ambas partes y tras haber procedido a la actividad instructora indispensable. En tal caso, el juez resolverá mediante resolución denominada *ordinanza* acerca de la estimación o denegación de la solicitud, art. 669-*sexies* I CPC. En caso que la audiencia de la contraparte pueda perjudicar la eficacia de la medida, entonces ésta se adoptará *inaudita altera parte* mediante *decreto*, para ello el juez deberá escuchar las informaciones sumarias que aporte el solicitante. En este supuesto, y para salvaguardar el principio de igualdad y el contradictorio entre las partes, en el propio *decreto* el juez dictará una comparecencia para escuchar a ambas partes en un plazo que no puede exceder de los quince días. Tras esa comparecencia, y mediante *ordinanza*, el juez deberá confirmar, revocar o modificar las medidas acordadas previamente mediante decreto, este es el procedimiento establecido en el art. 669-*sexies* II CPC. En ambas circunstancias, el juez puede condicionar la adopción de la medida, así como su

⁶³³ OBERTO, Giacomo, *Il nuovo processo cautelare*, Milán, 1992, págs., 1-24; MUSCARDINI, Manuela, “Giurisdizione e competenza”, en *Il nuovo proceso cautelare* (dir. TARZIA), Padua, 1993, págs. 207 a 236; ARIETA, Giovanni, “Il procedimento cautelare”, en *Il nuovo processo civile* (con MONTESANO, Luigi), Nápoles, 1991, págs. 118 a 168, y págs. 12 a 129; SAMORI-CARPI-COLESANI-TARUFFO, *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, 3ª ed., Padua, 1994 págs. 1327 a 1334; RAPISARDA SASOON, “Il nuovo processo cautelare”, en *Le riforme della giustizia civile* (dir. TARUFO, Michele), Turín, 1993, págs. 477 a 545, págs. 499 a 545; LAPERTOSA, Flavio, “In tema di competenza e procedimento cautelare (casi e questioni)”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1995, págs. 413 a 432.

confirmación o modificación, a que el solicitante preste una caución, art. 669-undecies. En cuanto a la ejecución de las medidas cautelares, viene contemplada por el art. 669-duodecies, que se remite a las normas generales sobre ejecución, en función de su concreto contenido.⁶³⁴

Una vez que el juez ordena la adopción de una medida cautelar no significa necesariamente que ésta vaya a mantenerse inalterada hasta la terminación del proceso principal. Desde el inicio, si la parte solicitante no cumple con prestar la caución, la medida deviene ineficaz, así lo establece el art. 669-novies III CPC. La *ordinanza* que adopta una medida cautelar está sujeta a impugnación, en concreto, al denominado “reclamo”, previsto por el art. 669-terdecies CPC. Como señalábamos antes, el CPC prevé que a lo largo la tramitación del proceso principal el juez puede, a instancia de parte, modificar o revocar la medida cautelar, si se determinan cambios en la situación existente; facultad del juez establecida en el art. 669-decies. Por otra parte en caso que se dicte sentencia, aunque no sea aún firme, que declare la inexistencia del derecho que sirvió de fundamento a la cautela, ésta devendrá ineficaz, art. 669-novies III CPC.

Finalmente, el legislador italiano ha dispuesto los instrumentos normativos precisos para garantizar la necesaria vinculación entre las medidas cautelares y las circunstancias del caso concreto, que no sólo justifican su adopción inicial, sino también su mantenimiento en el tiempo. A tal efecto, el art. 669-octies establece que en la *ordinanza* que acuerde una medida cautelar *ante causam* se debe fijar un plazo no superior a treinta días, dentro del cual el solicitante ha de incoar el proceso principal. Si dentro de ese plazo no se ha dado comienzo al proceso, o si, una vez iniciado, se extingue, la medida cautelar pierde su eficacia, así lo dispone el art. 669-novies I. Además, y como ya hemos señalado, el CPC no se conforma con forzar la pendencia del proceso principal, sino que también pretende que las medidas no se mantengan ajenas a los resultados, aunque sean parciales, a los que se vaya llegando en el proceso principal,

⁶³⁴ OBERTO, Giacomo, *Il nuovo processo cautelare*, pags. 25 a 133; AA. VV. (dir TARZIA) *Il nuovo processo Cautelare*, pags. 237 a 415; ARIETA, Giovanni, “Il procedimento cautelare”... op.cit. pags. 129 y sgtes.; SAMORI, en CARPI-COLESANTI-TARUFO, *Commentario breve al Codice...* op.cit., pags. 1321 a 1362; CONSOLO, Claudio, “Il nuovo procedimento cautelare”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994, págs.. 309 a 337; FINOCCHIARO, Giuseppe, “Sul nuovo procedimento Cautelare”, *Rivista di diritto processuale*, 1995, págs.. 855 a 893; CASELLA, Mario, “Il nuovo processo cautelare (esperienze e problema)”, *Rivista di diritto processuale*, 1995, pags. 1005 a 1036.

por ello se prevé la ineficacia de las cautelas en caso de que se dicte sentencia desfavorable en el proceso principal, art. 669-novies III CPC.

4.- Medidas cautelares específicas establecidas en el *Codice di Procedura Civile*

Tras establecer la parte general común para todas las cautelas, las siguientes Secciones del Capítulo III del Título I del Libro IV del CPC se ocupan de regular las medidas cautelares específicas que se pueden solicitar y los presupuestos necesarios para la adopción de cada una de ellas. El CPC establece las siguientes cautelas:

4.1.- El *sequestro conservativo*

Según el art. 671 CPC, procede su adopción “a instancia del acreedor que tiene temor fundado de perder la garantía de su crédito” y se puede proyectar sobre bienes muebles o inmuebles del deudor, o sobre sumas o cosas que se le deban, dentro de los límites en que la ley permita su embargo. Hay que precisar que cuando el CPC habla aquí de “garantía” del crédito, no se refiere a una garantía específica, sino a la garantía genérica que para el cumplimiento de las obligaciones representa el patrimonio del deudor (art. 2740 *Codice Civile*, equivalente al art. 1911 de código civil español) Esta la medida cautelar que cumple en el ordenamiento italiano la misma función que desempeñan en el español el embargo preventivo o el Arrest en el alemán.⁶³⁵

Los efectos del secuestro vienen establecidos en el art. 2906.1º, del *Codice civile*, que los equipara a los del embargo, denominado *pignoramento*⁶³⁶: el deudor no pierde la disponibilidad del bien objeto de la medida⁶³⁷, pero no serán eficaces frente al acreedor secuestrante las enajenaciones u otros actos de disposición que tengan por objeto la cosa secuestrada.

El *sequestro conservativo* se emplea para la tutela de créditos⁶³⁸ en concreto, ha

⁶³⁵ POTOTSCHING, Paolo “Il sequestro conservativo”, dentro de *Il nuovo processo cautelare* (dir. TARZIA), Padua, 1993, pag. 3.

⁶³⁶ POTOTSCHING, “Il sequestro... op.cit. pag. 4.

⁶³⁷ SAMORI- CARPI-COLESANTI-TARUFFO, Commentario breve ...op. cit. pag. 1371.

⁶³⁸ SAMORI - CARPI-COLESANTI-TARUFFO, Commentario breve ...op.cit. pag. 1370.

de tratarse de créditos para cuya realización coactiva sea necesario acudir a la expropiación forzosa, y éste es el medio de realizar los créditos cuyo objeto sea una suma de dinero o una cierta cantidad de cosas fungibles. No es necesario que sean créditos pecuniarios desde un principio, puesto que también pueden derivar de la imposibilidad de la prestación originaria, que se transforma en derecho al resarcimiento de los daños y perjuicios. Se excluyen los créditos cuyo objeto sea una prestación de dar una cosa determinada, y tampoco se puede emplear el *sequestro conservativo* para la tutela de los derechos reales.⁶³⁹

Esta medida típicamente cautelar, se basa en la concurrencia de los dos presupuestos habituales: *fumus boni iuris* y *periculum in mora*.⁶⁴⁰ La exigencia de la caución al solicitante, según las reglas generales del art. 669-undecies, depende de la apreciación por parte del juez, de las circunstancias del caso concreto; pero el deudor siempre puede liberarse del *sequestro conservativo* si afianza el montante del crédito que ha dado origen a la medida, más las costas (art. 684 CPC).

La ejecución del *sequestro*⁶⁴¹ sobre bienes muebles o sobre créditos tiene lugar siguiendo las normas relativas al embargo, según lo dispone el art. 678 CPC. Por otra parte contempla la ejecución sobre inmuebles, sólo mediante anotación de la medida en el Registro inmobiliario, que puede complementarse con medidas de custodia del inmueble, art. 679 CPC.⁶⁴² En ambos casos, el *sequestro conservativo* se convierte en embargo ejecutivo, a partir del momento en que el acreedor secuestrante obtenga sentencia de condena que sea ejecutiva, así lo dispone el art. 686 CPC

Por todas estas razones, *el sequestro conservativo* se puede conceptualizar sin dificultades como una medida cautelar de carácter asegurativo; sus presupuestos y su instrumentalidad respecto del proceso principal⁶⁴³ son indicios más que suficientes de que no debe haber obstáculo alguno a la hora de solicitar a los Jueces italianos el *sequestro conservativo* de bienes situados en Italia, en aquellos casos en que el proceso

⁶³⁹ POTOTSCHING, Paolo, "Il sequestro.....op.cit., pags. 8 a 16; SAMORI - CARPI-COLESANTI-TARUFFO, Commentario breve ...op. cit. pag. 1370.

⁶⁴⁰ POTOTSCHING, Paolo, "Il sequestro.....op.cit., pags. 16 a 29; SAMORI - CARPI-COLESANTI-TARUFFO, Commentario breve ...op.cit., pags. 1369 a 1370.

⁶⁴¹ Con gran profundidad POTOTSCHING, Paolo, "L'esecuzione dei sequestri del sistema della legge 353/1990", en *Rivista di diritto processuale* 1992, págs.. 496 a 549 y pags. 1369 a 1370.

⁶⁴² SAMORI- CARPI-COLESANTI-TARUFFO, Commentario breve ...op. cit. pag. 1386.

⁶⁴³ POTOTSCHING, Paolo, "Il sequestro...op.cit. pag. 5.

principal se esté desarrollando o vaya a desarrollarse en otro Estado contratante.⁶⁴⁴

4.2.- El *sequestro giudiziario*

Este tipo de secuestro se encuentra regulado en los arts. 670, 676 y 677 del CPC. Esta medida cautelar se encuentra a su vez dividida en dos clases: el *sequestro giudiziario* de bienes y el *sequestro giudiziario* de pruebas.

A.- El *sequestro giudiziario* de bienes

Este secuestro puede recaer sobre bienes muebles o inmuebles, fondos de comercio y otras universalidades de bienes, y procede su adopción cuando se discuta la propiedad o posesión del bien, y el juez considere necesario proceder a su custodia o a su gestión temporal, así lo establece el art. 670.1 CPC. Esta cautela supone así una cierta combinación del depósito e intervención judiciales: es más amplio que el depósito, porque abarca también a inmuebles, y se asemeja a la intervención, o incluso llega más lejos que ésta, pues entre sus finalidades se halla la de proceder a la “gestión temporal” de los bienes objeto de la medida.⁶⁴⁵

Los presupuestos necesarios para la adopción de esta medida cautelar son: 1) la existencia de una controversia sobre la propiedad, incluyendo los demás derechos reales⁶⁴⁶, así como acciones personales que tengan por objeto la entrega de un bien⁶⁴⁷, o la posesión, y 2) La denominada “oportunidad” de proceder al secuestro, que se identifica con la necesidad de que exista un *periculum in mora*.⁶⁴⁸ En cuanto a la concurrencia del *fumus boni iuris*, como apariencia de éxito de la demanda sobre el fondo, el precepto no la exige; pero como es evidente ni doctrina ni jurisprudencia se muestran conformes al respecto.⁶⁴⁹

⁶⁴⁴ En jurisprudencia puede verse el decreto de la Pretura de Padua de 12 de mayo de 1986, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1987, págs. 121 y sgtes. y la ordenanza del Tribunale de Génova de 15 de marzo de 1993, *Rivista di diritto internazionale privato e processuale* 1995, págs. 158 y sgtes.

⁶⁴⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 112.

⁶⁴⁶ GUARNIERI, Carlo, “El secuestro giudiziario”, en *Il nuovo proceso cautelare*, (dir. TARZIA), Padua, 1993, pag. 75.

⁶⁴⁷ SAMORI -CARPI-COLESANTI-TARUFFO, *Commentario breve...* op.cit., pag. 1366.

⁶⁴⁸ GUARNIERI, Carlo, “El secuestro...” op.cit., pag. 75

⁶⁴⁹ SAMORI-CARPI-COLESANTI-TARUFFO, *Commentario breve...* op.cit., pag. 1367

La ejecución del *sequestro giudiziario* de bienes se lleva a cabo nombrando un depositario administrador, denominado custode, y estableciendo los límites a la administración de los bienes secuestrados; para ello, cuando sea preciso, se acudirá a los mecanismos propios de la ejecución en forma específica, así lo establecen los arts. 676 y 677 CPC.⁶⁵⁰

La naturaleza jurídica del *sequestro giudiziario* de bienes corresponde a una medida cautelar, puesto que se basa en la existencia de una situación de peligro, es accesorio del proceso principal, además su duración es provisional y su contenido, instrumental de otra resolución jurisdiccional. En los casos en que resulte conveniente, podrá solicitarse esta medida a los jueces italianos aunque la competencia para conocer del fondo corresponda a los jueces de otro estado.⁶⁵¹

B.- *Sequestro giudiziario* de pruebas

Esta medida cautelar constituye la desposesión de: libros, registros, documentos, modelos, muestras o cualquier otra cosa de la que se intenten deducir elementos de prueba” y que se hallan a disposición material del adversario o de un tercero, así lo establece el art. 670.2 CPC.

Los presupuestos necesarios para adoptar esta medida son tres⁶⁵²: 1) la idoneidad abstracta del documento u objeto de que se trate, para proporcionar elementos de prueba en el proceso sobre el fondo, que esté ya en curso o por incoarse; 2) la oportunidad de una custodia temporal. Puesto que se limita a la custodia temporal de objetos de los que, en un futuro, pueden deducirse elementos probatorios; es decir que no representa práctica de prueba, sino aseguramiento de medios probatorios. 3) la existencia de una controversia sobre el derecho a la exhibición o a la comunicación de los documentos o cosas cuyo secuestro se pretende.

Respecto a este tipo de secuestro debemos señalar que no puede ser considerado como una medida cautelar, puesto que su naturaleza jurídica es totalmente diferente. Las

⁶⁵⁰ SAMORI-CARPI-COLESANTI-TARUFFO, *Commentario breve...* op. cit., pag. 1378 a 1382.

⁶⁵¹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 113.

⁶⁵² GUARNIERI, Carlo, “Il sequestro...” op.cit., pags. 83 y 84

medidas cautelares no pueden ser equiparadas a otras disposiciones procesales como son las solicitudes de anticipación o aseguramiento de la prueba, puesto que el fin de estas últimas es conservar los datos y fuentes de prueba que permitan que la sentencia pueda dictarse con acierto y pleno conocimiento de los hechos por el juez; mientras que las medidas cautelares tienden a hacer posible la ejecución de la sentencia futura. Por lo tanto, sólo por el hecho de comparar la función de cada una, sabemos que se trata de instituciones totalmente diferentes. El que las medidas cautelares existan en función de la ejecución eficaz de una sentencia futura, las distingue de una serie de medidas de tipo material o sustancial de naturaleza autónoma que no tienden a asegurar el cumplimiento de la resolución judicial.⁶⁵³

4.3.- Los *provvedimenti nunciativi*

Esta medida específica pretende paralizar la actuación del afectado. Se divide en dos clases diferentes, la primera cumple la función de la denuncia de obra nueva o *denunzia di nuova opera*, y la segunda es una denuncia de daño temido o *denunzia di danno temuto*. Con la *denunzia di nuova opera* se puede obtener o bien la paralización de la obra, o bien el condicionamiento de su continuación a la prestación de una fianza.⁶⁵⁴ Con la *denunzia di danno temuto* se pretende la adopción por parte del juez de las medidas urgentes que resulten necesarias para evitar un peligro. Por su contenido, una y otra se asemejan, en el ordenamiento procesal español, a los interdictos de obra nueva y de obra ruinosa, respectivamente.⁶⁵⁵

Los presupuestos necesarios para acordar estas medidas se encuentran establecidos en el Código Civil italiano, específicamente en los arts. 1171 y 1172 *Codice civile*. Por su parte el *CPC*, sólo les dedica dos preceptos: el art. 688, que establece la competencia especial del *pretore* del lugar de ubicación del inmueble, en caso de que las denuncias se presenten con carácter previo a la demanda, y el art. 691, que regula lo que ha de hacerse en caso de que la parte pasiva contravenga el mandato judicial. Para todo lo demás, se aplican las reglas generales sobre los procesos cautelares, es decir el art. 669-*quaterdecies*. Por ello, se puede apreciar que, tras la

⁶⁵³ GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios...*, pag. 389.

⁶⁵⁴ SAMORI-CARPI-COLESANTI-TARUFFO, *Commentario breve...* op.cit., pag. 1 400.

⁶⁵⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 114.

reforma de 1990, el legislador italiano ha reforzado el carácter cautelar de ambas medidas, sometiéndolas al estricto régimen de vinculación instrumental con el proceso de fondo que se deduce de los arts. 669-*octies* y 669-*novies* del CPC.⁶⁵⁶

Debemos señalar que estas medidas no pueden ser consideradas como cautelares, no cumplen con las características especiales de instrumentalidad, provisionalidad, homogeneidad, variabilidad, sino que son una pretensión principal. Esto responde al hecho de que el grueso de su regulación se encuentre en el código civil y no en el ordenamiento procesal.

4.4.- El *provvedimento d'urgenza*

Esta medida puede ser equiparada a la medida cautelar genérica innominada, puesto que cubre cualquier supuesto en el que sea necesario adoptar una medida cautelar con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la resolución final del proceso principal. Así el art. 700 CPC establece que: “fuera de los casos regulados en las precedentes secciones de este capítulo, quien tiene motivos fundados para temer que, durante el tiempo que transcurra para hacer valer su derecho en vía ordinaria, ésta se vea amenazado de un perjuicio inminente e irreparable, puede solicitar al juez las medidas urgentes que, según las circunstancias, resulten más idóneas para asegurar provisionalmente los efectos de la decisión sobre el fondo”.⁶⁵⁷

El *provvedimento d'urgenza* cubre un área de tutela que el resto de las medidas expresamente prevista por la ley dejaba vacía, como señalábamos antes, tiene carácter residual o subsidiario, pues sirve para tutelar cualquier derecho que también se pueda hacer valer en vía ordinaria.

Es necesario que concurren los presupuestos para la adopción de cualquier otra medida cautelar para acordar el *provvedimento d'urgenza*. Ahora bien, si respecto del *fumus boni iuris* no se pueden señalar especialidades, por otra parte debemos tener en cuenta que el requisito del *periculum in mora* se encuentra cualificado por la necesidad de que el perjuicio que podría ocasionar el retardo en tramitar el proceso principal, debe

⁶⁵⁶ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 114.

⁶⁵⁷ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 116.

ser “inminente” e “irreparable”.⁶⁵⁸

El contenido de las medidas que se acuerden, dependerá de las circunstancias del caso concreto, así lo dispone el art. 700 CPC. La doctrina y la jurisprudencia coinciden en que el *provvedimento d’urgenza* puede tener un carácter anticipatorio del contenido del fallo, o de parte del fallo.⁶⁵⁹

Esta medida cautelar se utiliza sólo cuando exista una necesidad exacerbada de conjurar un peligro; y aunque puede llegar a tener naturaleza anticipatoria o satisfactiva, ésta no puede aspirar a sustituir a la resolución principal sobre el fondo, debido a la necesaria vinculación entre medida cautelar y proceso principal establecida como principio en el art. 669-octies CPC. De esta forma cumple con las características de instrumentalidad del proceso cautelar al principal, de duración provisional y de homogeneidad del contenido de la medida respecto de la sentencia a que se llegue tras el proceso principal.⁶⁶⁰

4.5.- Otras medidas cautelares reguladas fuera del CPC

Por disposición expresa del art. 669-quarterdecies CPC, la “Parte general” que regula el procedimiento común de las medidas cautelares, introducida con la reforma de 1990, es también aplicable, “en la medida en que resulte compatible”, a las “otras medidas cautelares previstas por el Código Civil y por las leyes especiales”. De entre estas medidas de leyes específicas y del *Codice di procedura civile*, podemos destacar las siguientes:⁶⁶¹

a) Los alimentos provisionales que, con base en el art. 446 del *Código civile*, se pueden acordar en tanto no se determinen de modo definitivo en el proceso la cuantía de los realmente debidos y el modo en que han de prestarse.⁶⁶²

b) En materia de patentes, el R.D. n. 1127 de 29 de junio de 1939 *in materia di*

⁶⁵⁸ SAMORI-CARPI-COLESANI-TARUFFO, *Commentario breve ... op.cit.*, pag. 1 413

⁶⁵⁹ DITTRICH, Lotario, ... op.cit., pags. 195 a 203.

⁶⁶⁰ SALERNO, Francesco, *La giurisdizione italiana in materia cautelare*, Padua, 1993, pags. 206 a 211.

⁶⁶¹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...op.cit.*, pag. 118.

⁶⁶² PICONE, Paolo, “Misure provvisorie in materia familiare e diritto internazionale privato”, *Rivista di diritto internazionale*, 1995, pags. 27 a 31.

brevetti per invenzione industriali prevé como medida cautelar la descripción, aunque en realidad, esta “descripción” es más una diligencia preliminar que una medida cautelar; o el secuestro de los objetos producidos en violación del derecho de patente, así lo establece el art. 81. Además en el curso del proceso por infracción de los derechos derivado de la patente, se puede ordenar al demandado que se abstenga de producir o utilizar todo lo que forme objeto de la patente, hasta que devenga firme la sentencia sobre el fondo, según lo dispone el art. 83.

c) En materia de marcas, el RD Nro. 929 de 21 de junio de 1942 *in materia di brevetti per marchi d'impresa* prevé medidas análogas a las establecidas en materia de patentes: descripción y secuestro de objetos que supongan infracción de la marca, art. 61, y prohibición provisional de utilizar la marca hasta el término del proceso, establecido en el art. 63.

d) En materia de propiedad intelectual, la Ley Nro. 633 de 22 de abril de 1941 *di protezione del diritto d'autore e di altri diritti connessi al suo esercizio*, establece como medidas cautelares la descripción, determinación, peritaje y el secuestro de todo aquello que suponga una violación del derecho de utilización, así como el secuestro de los ingresos debidos al autor de la obra o producto litigioso.⁶⁶³

⁶⁶³ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 118.

III.- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO FRANCÉS

1.- Cuestiones generales

En francés se denomina a las medidas cautelares como *mesures conservatoires*. Se encontraban reguladas hasta hace poco en el *Ancien Code de procédure civile*, estas medidas cautelares se han visto afectadas por la reforma general del sistema de ejecución forzada, operada por la Ley número 91-650 de 9 de julio de 1991, y por su Decreto de desarrollo Nro. 92-755 de 31 de julio de 1992. Es ambas normas se encuentra actualmente la regulación de las medidas cautelares en el ordenamiento francés. Las medidas cautelares carecen de una sistematización como institución procesal autónoma y son consideradas como una parte de la teoría general sobre la ejecución forzada.⁶⁶⁴

En el sistema de ejecución forzada francés y en las medidas cautelares, podemos encontrar dos aspectos fundamentales que deben destacarse y que en gran medida marcan las diferencias en relación con el ordenamiento español.

En primer lugar, la introducción a través de la reforma del llamado juez de la ejecución o *judge de l'exécution*⁶⁶⁵ Este juez aparte de las funciones que desempeña en el proceso de ejecución, es él quien debe acordar la adopción de las medidas cautelares y resolver los recursos e impugnaciones que se planteen sobre ellas. En principio, el juez de la ejecución es el presidente del denominado Tribunal de *Grande Instance*, aunque puede delegar sus funciones en uno o varios jueces, incluso en el *judge d'instance*, artículo L 311.12.1 del *Code de l'organisation judiciaire*.

En segundo lugar, el sistema francés se diferencia más radicalmente, en la intervención indispensable, tanto en el proceso de ejecución como en sede cautelar, de

⁶⁶⁴ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 118 y 119.

⁶⁶⁵ sobre esta figura NORMAND, Jacques, "Le juge de l'exécution", en *La réforme des procédures civiles d'exécution*, número especial de la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, pags. 31 a 47; VICENT, Jean y PRÉVAULT, Jacques, *Voies d'exécution*, 8ª ed., París, 1993, pags. 3 y 4; FERRAND, Frédérique, "La réforme française des procédures civiles d'exécution", *ZZPInt Zeitschrift für ZivilprozeßInternational*, 1996, pags. 37 a 64.

un agente de ejecución, el denominado *huissier de justice*. Éste se encarga de llevar a cabo la ejecución de la medida, puesto que el juez solamente la autoriza.⁶⁶⁶ El *huissier de justice* es un profesional vinculado a un *tribunal d'instance*, cuya competencia territorial se limita al ámbito territorial de ese tribunal, y que es mandatario de su cliente, el acreedor que insta el proceso cautelar.⁶⁶⁷ Por ello, la adopción de las medidas cautelares en Francia es una actividad puramente jurisdiccional, y más bien la ejecución es una actividad de parte sometida al control del juez de la ejecución.

Al igual que ha sucedido en el ordenamiento procesal italiano, la nueva legislación francesa ha establecido una serie de reglas generales aplicables a todas las medidas cautelares. Estas reglas generales regulan tanto los presupuestos para adoptarlas como los aspectos procedimentales a las que deben someterse las cautelas.

2.- Presupuestos para la adopción *de mesure conservatoire*

Para la adopción de una medida cautelar, sea del tipo que sea, es indispensable, como regla, la autorización previa que debe otorgar el juez de la ejecución, así lo establece el art. 67 de la Ley. El juez concederá esta autorización judicial, en base a la apreciación favorable de dos aspectos importantes: 1) Existencia aparente del crédito⁶⁶⁸ Que se alegue como fundamento de la solicitud, art. 210 del Decreto, en francés se le denomina como *la créanse doit parître fonée dans son princípe*. De cierta forma se puede equiparar con la necesidad de que concurra el *fumus boni iuris*. 2) La existencia de circunstancias en el caso concreto que representen una amenaza para la satisfacción de crédito, art. 210 Decreto. Éste presupuesto se puede asumir a su vez como la necesidad de apreciar la existencia de un *periculum in mora*.

Esta autorización judicial, como regla general, presenta algunas excepciones, según el art. 68 de la Ley, no es precisa autorización judicial cuando el acreedor dispone de un título ejecutivo o de una resolución judicial, aunque aún no tenga fuerza ejecutiva.

⁶⁶⁶ FERRAND, Frédérique, “La réforme...”, op.cit., pag 49; VINCENT, Jean y PRÉVAULT, Jacques, *Voies d'exécution*, op.cit., pag. 3.

⁶⁶⁷ VINCENT, Jean y PRÉVAULT, Jacques, *Voies d'exécution* ... op.cit. pag. 3.

⁶⁶⁸ Las medidas cautelares previstas en la Ley y el Decreto (con la excepción de la *saisierevendication*) se acuerdan únicamente en garantía de créditos pecuniarios, COUCHEZ, Gérard, *Voies d'exécution*, 3ª ed., París, 1994, pags. 149 y 150.

Tampoco es necesaria en caso de falta de pago de una letra de cambio aceptada, de un título a la orden, de un cheque o de un alquiler impagado, si hubo contrato escrito de arrendamiento de inmueble.⁶⁶⁹

3.- Procedimiento de *measure conservatoire*

Cuando sea necesaria e indispensable la autorización judicial, el juez competente para acordar la medida cautelar, es el juez de la ejecución del domicilio del deudor, tal como lo establece el art. 69 Ley, siendo ésta una norma de competencia inderogable, art. 211 del Decreto. Si estima que concurren los presupuestos establecidos por el art. 210 del Decreto, el Juez dictará una *ordonnance* autorizando la *measure conservatoire*. Después de haber llevado a cabo un proceso *sur requête*, es decir, sumario y sin haber dado audiencia a la contraparte⁶⁷⁰ Sin embargo, en esta resolución el juez puede reservarse el derecho de reexaminar la cuestión tras un debate contradictorio, esta facultad se encuentra contemplada tanto en el art. 69.3 Ley como en el art. 213 Decreto. En cualquier caso, la autorización judicial caduca si la medida cautelar no ha sido ejecutada en un plazo de tres meses a contar desde la fecha en que se acordó, este plazo de caducidad lo contempla el art. 214 Decreto.⁶⁷¹

Salvo que la medida se hubiera adoptado con base en un título ejecutivo, el acreedor dispone de un plazo de un mes, a contar desde la ejecución de la medida, para incoar un proceso ordinario o para cumplir con las formalidades necesarias para la obtención de un título ejecutivo. En caso de no hacerlo así, la medida caduca, art. 215 Decreto.

Frente a las resoluciones dictadas en materia cautelar por el juez de la ejecución, existen los siguientes recursos impugnativos:

- 1) El acreedor que vio denegada su autorización, puede recurrir en apelación.⁶⁷²

⁶⁶⁹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 120.

⁶⁷⁰ COUCHEZ, Gérard, *Voies d'exécution...* op.cit., pag. 149.

⁶⁷¹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 120 y 121.

⁶⁷² COUCHEZ, Gérard, *Voies d'exécution,..* op.cit., pag. 151

2) Si el juez autorizó la medida, el deudor puede en todo momento dirigirse a él solicitando su levantamiento denominado *mainlevée*, según el art. 217 Decreto. Entonces se traslada al acreedor la carga de demostrar que concurren los requisitos para la autorización de la concreta medida. En caso de que se procediera a la medida cautelar sin autorización judicial, es también posible dirigirse al juez de la ejecución del domicilio del deudor en solicitud de su alzamiento, art. 218 Decreto.

3) Cualquier otro recurso, especialmente en relación con la ejecución de la medida, se debe interponer ante el juez de la ejecución del lugar donde se hallen los bienes afectados por la medida, esta competencia la establece el art. 219 Decreto.

4.- Medidas previstas en la Ley de 9 de julio de 1991 y en el Decreto de 31 de julio de 1992.

Las medidas cautelares reguladas en la Ley de 9 de julio de 1991 y en el Decreto de 31 de julio de 1992, tienen como presupuesto la necesidad de paliar un peligro en la demora, art. 210 Decreto; tienen una duración provisional y un carácter accesorio respecto del proceso principal, art. 215 Decreto; además, por el contenido que el legislador francés ha atribuido a estas medidas, nunca pueden llegar a sustituir al proceso sobre el fondo, dado que no conducen nunca a una satisfacción del acreedor; sino a un simple aseguramiento de la ejecución de la sentencia que se dicte.

Ahora bien, la intención del legislador francés es que estas medidas cautelares también pueden solicitarse cuando ya se dispone de un título ejecutivo, art. 68 Ley. El Derecho francés parte de la base de que el acreedor tiene un derecho legítimo a solicitar solamente medidas cautelares y no ejecutivas, aunque disponga ya de un título ejecutivo.⁶⁷³

Tanto en la Ley como en el Decreto, se prevén tres clases de medidas cautelares: la *saisie conservatoire*, la *saisie-revendication* y las *sûretés judiciaires*.

⁶⁷³ BLANC, Emmanuel, *Les nouvelles procédures d'exécution*, 2ª ed., Paris, 1994, pag. 109; COUCHEZ, Gérard, *Voies d'exécution*, op.cit., pag. 150; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...*op.cit., pag. 127.

4.1.- La *saisie conservatoire*

Esta es la medida cautelar típica del Derecho francés, su función es el aseguramiento de las condenas pecuniarias. El objeto primordial de esta cautela es colocar a disposición del juzgado los bienes sobre los que recae, con la finalidad de evitar que el deudor disponga de ellos o disminuya su valor.⁶⁷⁴ Podemos apreciar que esta cautela es similar al embargo preventivo del derecho español, al *Arrest* alemán, y al *sequestro conservativo* italiano. No obstante, esta semejanza es sólo parcial ya que, a diferencia de esas otras medidas, la *saisie conservatoire* tiene como efecto la indisponibilidad del bien, y no tanto su afección presente a un proceso de ejecución que eventualmente haya de desarrollarse en el futuro, art. 74 Ley.

La *saisie conservatoire* sólo puede recaer sobre bienes muebles o incorporales, nunca sobre inmuebles, así lo establece el art. 74 Ley, concordado con el art. 220 Decreto. En consecuencia, se pueden distinguir dos tipos de *saisie conservatoire*, la de bienes muebles corporales y la de créditos:⁶⁷⁵

A.- *Saisie conservatoire* de bienes muebles corporales

En principio, a esta medida le son aplicables en su integridad todas las reglas generales. Una vez adoptada la cautela por el juez, y cuando sea necesario, el *huissier de justice* procederá a la ejecución de la medida, levantando un acta o diligencia de *saisie*. Esta acta contiene una serie de menciones, entre ellas, la autorización judicial o el título virtud del cual procede, la designación de los bienes afectados, mención de los efectos de la *saisie* sobre esos bienes, de las posibilidades de reclamación y de los órganos competentes al efecto, tal como lo prevé el art. 221 Decreto. Si el deudor no estuvo presente en la ejecución de la medida, se le notificará con una copia del acta, art. 222 Decreto. Cuando los bienes afectados por la *saisie* se hallen en poder de un tercero, el acta de *saisie* se levanta ante el tercero, y le será notificada al deudor en el plazo de ocho días, establecido por el art. 224 Decreto.⁶⁷⁶

⁶⁷⁴ VINCENT, Jean y PRÉVAULT, Jacques, *Voies d'exécution*, op.cit., pag. 59.

⁶⁷⁵ VINCENT Jean y PRÉVAULT, Jacques, *Voies d'exécution*, op.cit., pag. 62.

⁶⁷⁶ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 122 y 123.

El efecto primordial de la *saisie* consiste en que los bienes pasan a ser indisponibles, art. 221.4.º Decreto. Sin embargo y como regla, el deudor mantiene su uso⁶⁷⁷ Los bienes afectados por la *saisie* quedan así bajo la custodia y posesión del propio deudor, o bajo la del tercero que los poseyera en el momento de practicarse la *saisie*. Los bienes afectados tampoco pueden ser desplazados, si no es por cuasa legítima. La infracción de estos deberes está tipificada en la ley penal francesa, art. 221.4.º Decreto.

El acreedor que procedió con autorización judicial debe incoar en el plazo de un mes un proceso que le permita obtener un título ejecutivo. Una vez obtenido éste, tiene abierta la vía para convertir la *saisie conservatoire* en medida ejecutiva o *saisie-vente*; es decir la conversión no es automática, sino que se opera mediante un acta o diligencia de conversión, levantada por el *huissier de justice*, que se notifica al deudor, así lo establecen los arts. 226 a 229 Decreto. A partir de entonces podrá pasarse a la fase de realización forzosa de los bienes objeto de *saisie*, es decir el remate.

B.- *Saisie conservatoire* de créditos

A diferencia de la anterior *saisie*, el objeto de esta medida, por definición, se halla en manos de un tercero.⁶⁷⁸ De ahí que esta *saisie* se practique igualmente mediante el levantamiento de un acta o diligencia por parte de *huissier*, que se notifica al tercero y en la que se contienen todas las precisiones relativas al deudor, el título o autorización judicial por los que se procede y las cantidades por las que se practica la *saisie*. Se le prohíbe además al tercero disponer de las sumas reclamadas, dentro del límite de lo que él deba al deudor, art. 234 Decreto. La *saisie conservatoire* caduca si su ejecución no se pone en conocimiento del deudor en el plazo de ocho días, mediante otra acta del *huissier*, art. 236 Decreto).

La ejecución de una *saisie conservatoire* sobre créditos, produce dos efectos: 1) El crédito se convierte en indisponible, en la cuantía que concurra con la suma autorizada por el juez, o, si tal autorización no era necesaria, en lo que concurra con la suma que se derive del título en virtud del cual fue ejecutada, así lo dispone el art. 75.1

⁶⁷⁷ COUCHEZ, Gérard, *Voies d'execution*, op.cit. pag. 155.

⁶⁷⁸ COUCHEZ, Gérard, *Voies d'execution*, op.cit. pag. 163.

Ley; 2) la *saisie* implica, de pleno derecho, la consignación de las sumas indisponibles, de modo que el acreedor se beneficia de una afección especial de tales sumas. De esta forma se convierte en un acreedor privilegiado, por las ventajas que ello le acarrea en caso de concurso o quiebra del deudor; todo esto según lo establecido por el art. 75.1 Ley, por remisión al art. 2075-1 del *Code civil*.⁶⁷⁹

Cuando se obtiene la resolución que se materializa en título ejecutivo, el acreedor puede instar la conversión de la *saisie conservatoire* en medida ejecutiva, en este caso se transforma en la denominada *saisie attribution*. En este caso es preciso que el *huissier* levante un acta de la conversión, arts. 240 a 243 Decreto. Transcurrido el plazo de quince días para recurrir la conversión, o una vez se haya desestimado, el tercero está obligado a pagar al acreedor.⁶⁸⁰

4.2.- La *saisie-revendication*

Esta medida cautelar permite al titular de un derecho real, o *droit de suite* sobre un bien mueble, colocarlo a disposición del juzgado, para asegurar su conservación y poder así garantizarse su posterior entrega, evitando que desaparezca el bien durante el transcurso del proceso principal.⁶⁸¹

El presupuesto necesario para la adopción de esta medida, es que el solicitante tenga aparentemente derecho o *fumus boni iuris*, a reclamar la entrega o restitución de un bien mueble corporal, así lo dispone el art. 155 Decreto. La *saisie-revendication* al igual que las demás medidas cautelares se encuentra sometida a las reglas generales establecidas por la Ley y el Decreto, tal como lo establece el art. 156 Decreto. La ejecución de esta cautela se realizará con base en una autorización judicial; en esta autorización, el juez debe designar el bien que es objeto de la *saisie*, así como la identidad de la persona frente a la que se reclama la entrega o restitución. De este modo, la autorización puede oponerse frente a cualquier persona que tenga en su poder el bien designado, art. 155.3 Decreto. En caso que ya se disponga de título, la ejecución se

⁶⁷⁹ COUCHEZ, Gérard, *Voies d'exécution...*op.cit. pag. 165.

⁶⁸⁰ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...*op.cit., pag. 124.

⁶⁸¹ VINCENT, Jean y PRÉVAULT, Jacques, *Voies d'exécution...*op.cit. pag. 70; COUCHEZ, Gerárd, *Voies d'exécution...*op.cit. pag 159; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...*op.cit., pag. 124.

realizará mediante acta de *saisie* levantada por el *huissier*, en cualquier lugar y en las manos de cualquier poseedor del bien, de acuerdo a lo establecido por los arts. 158 y 159 Decreto.

La consecuencia directa de la ejecución de la *saisie*, es que el bien que está bajo la custodia del poseedor, pasa a ser indisponible y no puede ser desplazado si no es por causa legítima, art. 159.4º Decreto. Una vez el titular del derecho real se halle en posesión de un título ejecutivo, puede promover la conversión de la *saisie-revendication* en medida ejecutiva, es decir en una *saisie-appréhension*, que le permite entrar a poseer el bien en cuestión, art. 163 Decreto.⁶⁸²

4.3.- Las *sûretés judiciaires*

Además de las *saisies*, el otro pilar del sistema cautelar francés es el de las llamadas garantías judiciales o *sûreté judiciaires*. A diferencia de la *saisie*, la finalidad de la *sûreté judiciaire* es la de conceder al acreedor un derecho de preferencia y de persecución sobre el bien afectado, aprovechando el sistema de publicidad registral⁶⁸³, así lo establece el art. 258 Decreto. Sin embargo, los bienes siguen siendo alienables, art. 79 Ley.

Estas *sûretés judiciaires* pueden recaer sobre inmuebles, fondos de comercio, acciones, participaciones sociales y valores mobiliarios, tal como lo señala el art. 77 Ley. Al igual que las demás medidas cautelares, les son aplicables las reglas generales relativas a la necesaria autorización judicial previa y a los presupuestos para su adopción, según lo dispuesto por el art. 210 Decreto.

La finalidad de las *sûretés judiciaires* es la de proporcionar publicidad registral provisional, que las hace oponibles frente a terceros desde el momento en que se hayan cumplido las formalidades necesarias, art. 78 Ley.

Cuando la *sûreté* recae sobre un inmueble, su práctica se concreta en la

⁶⁸² GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 125.

⁶⁸³ BLANC, Emmanuel, *Les nouvelles procédures d'exécution*, op.cit., pags. 297 a 304; DELEBECQUE, Phillipe, "Les nouvelles procédures d'exécution", en *La réforme des procédures civiles d'exécution*, número especial de la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993, pag. 19.

inscripción provisional de una hipoteca judicial en el Registro inmobiliario, según el art. 251 Decreto. Esto la convierte una institución afín a la anotación preventiva de embargo preventivo, de la LEC española. Ambas persiguen el mismo fin, que es evitar que durante la tramitación del proceso principal el patrimonio inmobiliario pueda ser adquirido de modo irreivindicable por terceros, a la vez de conceder al acreedor un *ius persecuendi* y un *ius prioritatis* sobre el inmueble afectado, sobre la equiparación de ambas figuras. En caso que la *sûreté* recaiga sobre los fondos de comercio, se materializará como embargo, denominado *nantissement sur un fonds de commerce*; este embargo quedará inscrito a título provisional en un registro que lleva la Secretaría del tribunal, art. 252 Decreto.⁶⁸⁴

Después que se haya presentado toda la documentación necesaria para proceder a la inscripción, se deberá notificar al deudor mediante acta del *huissier de justice* en el plazo máximo de ocho días, pues en caso contrario la medida caduca, según lo establece el art. 255 Decreto. La publicidad provisional conserva la garantía durante tres años, aunque puede ser renovada por períodos iguales de tiempo, art. 257 Decreto. Una vez obtenido el título ejecutivo, la publicidad provisional se convierte en definitiva, art. 260 Decreto. En este supuesto el acreedor debe, solicitar la conversión en un plazo de dos meses desde que obtuvo el título ejecutivo, según lo prevé el art. 263 Decreto.

4.4.- *Ordonnances de référé, référé-provision*

Las *Ordonnances de référé* no pueden considerarse como medidas cautelares, puesto que son acordadas y ejecutadas sin encontrarse vinculadas en modo alguno de modo necesario con un proceso sobre el fondo. Estas medidas conserva su validez sin que se dé la necesidad de incoar un proceso principal.

Sin embargo, creemos necesario analizarlas brevemente, puesto que las *ordonnances de référé* constituyen, sin duda, la figura más característica del ordenamiento procesal francés, se trata de decisiones provisionales, sin fuerza de cosa juzgada, dictadas en condiciones de extrema rapidez al término de una instancia regida

⁶⁸⁴ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...op.cit.*, pag. 126.

por el principio de contradicción, y provisionalmente ejecutorias de pleno derecho.⁶⁸⁵

Los presupuestos necesarios que deberán concurrir son, la existencia de una situación de urgencia y la ausencia de un motivo de oposición razonable a la medida.

En realidad, el término *référé* no es más que la designación genérica de un cauce procesal rápido para obtener ciertos tipos de tutela judicial. Con base en los arts. 808 y 809.1 del NCPC, *Nouveau code de procédure civile*, se puede solicitar del juez, en concreto, al Presidente del *Tribunal de grande instance*, que adopte en *référé*.

Las *référé* pueden adoptarse dentro de dos clases, una es la *référé en cas d'urgence*, art. 808 NCPC, que es una medida urgente, que resulta necesaria para la salvaguarda de un derecho. Y la otra, es la denominada *référé de remise en état*, art. 809.1 NCPC, mediante la cual se pretende la prevención de daños inminentes o evitar se consumen perturbaciones manifiestamente ilícitas. Ahora bien, los límites entre esta *référé* y la anterior no son muy precisos, de modo que en la práctica, a menudo las mismas medidas pueden ser acordadas con base en ambos preceptos⁶⁸⁶

A.- El *référé-provision*

Sin lugar a dudas, el tipo de *référé* más desarrollado y más frecuente en la práctica es el denominado *référé-provision*, previsto en el art. 809.2 NCPC. Éste permite al juez pronunciar una condena provisional a pagar una suma de dinero, que se imputa más tarde a la condena definitiva.⁶⁸⁷

La adopción de un *référé-provision* no precisa de la concurrencia de una situación de urgencia, el art. 809.2 NCPC sólo exige hallarse en presencia de una obligación, cuya existencia no pueda ser razonablemente discutida, lo que en francés se denomina “*une obligation qui n'est pas sérieusement contestable*”⁶⁸⁸

Este único requisito, es decir que no sea razonablemente discutible de la deuda

⁶⁸⁵ ESTOUP, Pierre, *La pratique de procédures rapides. Référé, ordonnances sur requête, procédures d'injonction*, París, 1990, pag. 15.

⁶⁸⁶ ESTOUP, *La pratique de ...op.cit.* pag. 78; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...op.cit.*, pag. 128.

⁶⁸⁷ MERKT, Olivier, *Les mesures provisoires en droit international privé*, Zurich, 1993, pag. 31.

⁶⁸⁸ ESTOUP, Pierre, *La pratique de ...op.cit.* pags. 86 y 87; WEBER, Gordon, *Die Verdrängung des Hauptsacheverfahrens durch den einstweilige... op.cit.* pags. 82 a 90.

alegada, hace que los jueces gocen de una gran libertad, y la jurisprudencia se ha mostrado muy liberal, siendo frecuentes los llamados *référé-provision à 100%*, esto es, que condenan al pago de toda la cantidad reclamada. Si a esto se le une que no es necesario para que el *référé* mantenga su eficacia que se incoe un proceso ordinario sobre el fondo, el resultado es que el *référé-provision* se ha convertido en la práctica en un proceso sencillo, rápido y eficaz para lograr la satisfacción judicial de las obligaciones, ahorrándose el acreedor las costas y dificultades de un proceso ordinario sobre el fondo.⁶⁸⁹

Como señalábamos desde un principio, el *référé-provision* no cumple con los requisitos que deben concurrir para poder ser considerado como una medida cautelar, puesto que ni se adopta como medio de conjurar un *periculum in mora*, ni tiene una relación de instrumentalidad respecto de un ulterior proceso sobre el fondo. En la práctica sustituye a un proceso sobre el fondo, que sólo se incoará si el juez no concede todo el monto de la obligación y la parte que lo obtuvo no se conforma, sólo entonces se vería forzada a incoar un proceso ordinario para percibir el resto.⁶⁹⁰

⁶⁸⁹ COUCHEZ, Gerard, “Nota a la sentencia de la *Cour de cassation de 14.3.84*”, en *Revue de l'Arbitrage*, 1985, pag. 76; WEBER, Gordon, *Die Verdrängung...* op.cit. pag. 105 a 107, y 119; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 130.

⁶⁹⁰ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 131 y 132.

IV.- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

El Código Procesal Civil peruano es la norma que regula todo lo concerniente a las medidas cautelares, desde la competencia, sujetos, presupuestos, requisitos, procedimiento, ejecución y demás instituciones procesales, para una efectiva tutela cautelar. Este código sigue evidentemente la estructura del Código procesal italiano, pues contiene una serie de normas generales aplicables a todas las medidas cautelares contempladas en el código, y posteriormente desarrolla las cautelas específicas que podrán solicitarse para cada proceso determinado.

1.- Requisitos de la solicitud de medida cautelar

El CPC peruano establece que quien solicita una medida cautelar deberá: a) Exponer los fundamentos de su pretensión cautelar; b) señalar la forma de ésta, es decir qué medida cautelar específica solicita, embargo, intervención, cese, prohibición, etc.; c) indicar, si fuera el caso, los bienes sobre los que debe recaer la medida y el monto de su afectación; d) ofrecer contracautela, así es como se le denomina a la caución; y finalmente, e) designar el órgano de auxilio judicial correspondiente, si fuera el caso.⁶⁹¹ Se denomina órgano de auxilio judicial a la entidad o funcionario público que contribuirá a la ejecución de la medida. Por ejemplo en caso de una inscripción de demanda, el órgano de auxilio judicial será el Registro correspondiente.

2.- Presupuestos para dictar la medida cautelar

El Juez, atendiendo a la naturaleza de la pretensión principal y a fin de lograr la eficacia de la decisión definitiva, dictará medida cautelar en la forma solicitada o en la que considere adecuada, siempre que de lo expuesto y la prueba presentada por el

⁶⁹¹ MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al proceso civil*, tomo I, Temis, Bogotá, 1996, pag. 140.

demandante, compruebe la existencia de a) la verosimilitud⁶⁹² del derecho invocado, es decir el *fumus boni iuris*; y b) La necesidad de la emisión de una decisión preventiva por constituir peligro la demora del proceso⁶⁹³, es decir la existencia del *periculum in mora*.

Asimismo, la norma contempla que podrá dictarse una medida cautelar cuando el juez aprecie que existe cualquier otra razón justificable, así lo establece el art. 610 CPCp. En este último caso la norma no es clara, y podría abarcar muchos supuestos en la vida real, pero creemos que siempre deberá estar relacionado con que exista un peligro de no alcanzar la efectividad de la sentencia definitiva del proceso principal.

La decisión que ampara o rechaza la medida cautelar será debidamente motivada, bajo sanción de nulidad. Además la medida sólo afecta bienes y derechos de las partes vinculadas por la relación material o de sus sucesores, en su caso.

3.- Contracautela

La contracautela es un requisito de la solicitud de la cautela y tiene por objeto asegurar al afectado con una medida cautelar, el resarcimiento de los daños y perjuicios que pueda causar su ejecución, es lo que la LEC denomina caución. La admisión de la contracautela, en cuanto a su naturaleza y monto, será decidida por el Juez, quien podrá aceptar la ofrecida por el solicitante, graduarla, modificarla o, incluso, cambiarla por la que considere pertinente, así lo dispone el art. 613 CPCp.⁶⁹⁴

La contracautela puede ser de naturaleza real o personal. Dentro de la segunda se incluye la caución juratoria, que será ofrecida en el escrito que contiene la solicitud de medida cautelar, con legalización de firma ante el Secretario respectivo. La contracautela de naturaleza real, se constituye con el mérito de la resolución judicial que

⁶⁹² Respecto al concepto de verosimilitud: MONROY PALACIOS, Juan José, *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*, Comunidad, Lima, 2002, pags. 172 y sgtes.; PEYRANO, Jorge W., “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, *Ius et Veritas* Nro. 15, Lima, pag. 24.

⁶⁹³ MOROY GÁLVEZ, Juan, *Temas de proceso civil*, Studium, 1987, Lima, pag. 274; y “La actuación de la sentencia impugnada”, *Themis*, Nro.43, 2001, Lima, pags. 38 y 39.

⁶⁹⁴ MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al proceso civil*, op.cit., pag. 141.

la admite y recaerá sobre bienes de propiedad de quien la ofrece; el Juez remitirá el oficio respectivo para su inscripción en el registro correspondiente.

El art. 620 establece que una vez resuelto el proceso principal en definitiva y de modo favorable a quien obtuvo la medida cautelar, la contracautela ofrecida queda cancelada de pleno derecho.

4.- Caso especial de procedencia

El art. 615, denomina caso especial de procedencia de la medida cautelar cuando: "...el pedido de medida cautelar (proviene) de quien ha obtenido sentencia favorable, aunque fuera impugnada...". Es decir que se contempla la solicitud de medida cautelar una vez concluido el proceso principal, pero consideramos que esto es un error en el CPC peruano, puesto que en realidad esto es una medida de ejecución, puesto que ya existe una sentencia final, que se pretende hacer cumplir en la realidad, por lo que en realidad no debe ser considerada como una medida cautelar sino más bien una medida ejecutiva. Por ello es que este mismo artículo 615, excluye los requisitos de señalar el sustento de la solicitud cautelar y de ofrecer la caución o contracautela.

5.- Variabilidad de la medida cautelar

El art. 617 establece que a pedido de la parte actora y en cualquier estado del proceso puede variarse ésta, ya sea: a) modificando su forma, b) variando los bienes sobre los que recae, c) modificar el monto, o d) sustituir el órgano de auxilio judicial. La parte afectada con la medida puede efectuar similar pedido, el que será resuelto previa citación a la otra parte. Para resolver estas solicitudes, el Juez atenderá a las circunstancias particulares del caso. La decisión es apelable sin efecto suspensivo.⁶⁹⁵

La variabilidad de la medida cautelar sólo es variable en dos supuestos, originados en un mismo fundamento: a) cuando exista una alteración de las

⁶⁹⁵ MONROY GÁLVEZ, Juan, *La formación del proceso civil peruano*, Comunidad, Lima, 2003, pag. 78.

circunstancias en la relación material, al punto que la medida cautelar dictada anteriormente se torne injusta por la ausencia de algún presupuesto procesal presente al momento de su concesión, cuando provoque riesgo de un perjuicio irreparable, se requiera de una mayor amplitud para continuar siendo eficaz o de su reducción para no que no siga causando perjuicios innecesarios; b) cuando exista alteración de las circunstancias en la relación procesal, es decir, cuando del desarrollo de la discusión procesal desaparezcan o se alteren los presupuestos procesales que dieron lugar a la medida cautelar antes dictada.⁶⁹⁶

6.- Procedimiento cautelar

6.1.- Autonomía del procedimiento.

Todos los actos relativos a la obtención de una medida cautelar, conforman un procedimiento autónomo para el que se forma cuaderno especial, así lo dispone el art. 635 CPC peruano.⁶⁹⁷

6.2.- Medida cautelar antes de iniciar el proceso principal.

En cuanto a la oportunidad de las medidas cautelares, el CPCp contempla la posibilidad de solicitar la cautela inclusive antes de la incoación de la demanda, caso en el cual el pedido cautelar sería el acto que da inicio a la relación procesal.

Ejecutada la medida antes de iniciado el proceso principal, el beneficiario debe interponer su demanda ante el mismo Juez, dentro de los diez días posteriores a dicho acto. Cuando el procedimiento conciliatorio extrajudicial fuera necesario para la procedencia de la demanda, el plazo para la interposición de ésta se computará a partir de la conclusión del procedimiento conciliatorio, el que deberá ser iniciado dentro de los cinco días hábiles de haber tomado conocimiento de la ejecución de la medida. Si no se interpone la demanda oportunamente, o ésta es rechazada liminarmente, o no se acude al centro de conciliación en el plazo indicado, la medida cautelar caduca de pleno

⁶⁹⁶ MONROY PALACIOS, Juan José, *Bases para la formación...* op.cit., pags. 162 y sgtes.

⁶⁹⁷ MONROY GÁLVEZ, Juan, *Introducción al proceso civil*, op.cit., pag. 140.

derecho. Dispuesta la admisión de la demanda por revocatoria del superior, la medida cautelar requiere nueva tramitación, tal como lo establece el art. 636 CPC peruano.

6.3.- Resolución de la solicitud de medida cautelar

La petición cautelar será concedida o rechazada sin conocimiento de la parte afectada, y en atención a la prueba anexada al pedido. Sin embargo, cuando el juez considere que existen motivos para conceder una cautela, pero que no ha sido plenamente acreditado, puede excepcionalmente conceder un plazo no mayor de cinco días, para que el peticionante logre acreditar la verosimilitud del derecho que sustenta su pretensión principal, así lo establece el art. 637 del CPC peruano.

Asimismo, al término de la ejecución o en acto inmediatamente posterior, se notifica al afectado, quien recién podrá apersonarse al proceso e interponer apelación contra la resolución que concedió la cautela. La apelación, como es evidente, es concedida sin efecto suspensivo, perdurando los efectos de la cautela ejecutada.

Procede apelación contra el auto que deniega la medida cautelar. En este caso el demandado no será notificado y el superior absolverá el grado sin admitirle intervención alguna.

6.4.- Ejecución de la medida cautelar

La ejecución de la medida será realizada por el Secretario respectivo en día y hora hábiles o habilitados, con el apoyo de la fuerza pública si fuese necesario. Puede autorizarse el descerraje u otros actos similares, cuando el caso lo justifique. De esta actuación el auxiliar sentará acta firmada por todos los intervinientes y certificada por él. En su caso, dejará constancia de la negativa a firmar, así lo prevé el art. 641 CPC peruano.

7.- Medidas cautelares específicas

El CPCp establece una clasificación de las diferentes medidas típicas que podrán adoptarse, tratando de establecer una sistemática para facilitar su aplicación. Asimismo incluye una medida cautelar genérica con el fin de garantizar cautelarmente aquellos supuestos en los que no sea de aplicación una medida contemplada en la norma.

7.1.- Medidas para futura ejecución forzosa

A.- El Embargo

Cuando la pretensión principal es apreciable en dinero, se puede solicitar embargo. Este consiste en la afectación jurídica de un bien o derecho del presunto obligado, aunque se encuentre en posesión de tercero, con las reservas que para este supuesto señala la ley (art. 642 CPCp). Este embargo es igual al embargo preventivo establecido en la LEC.

El embargo recae sobre el bien afectado y puede alcanzar a sus accesorios, frutos y productos, siempre que hayan sido solicitados y concedidos, art. 645. Cuando el embargo recae sobre un bien sujeto a régimen de copropiedad, la afectación sólo alcanza a la cuota del obligado, art. 646.

Existen clases de embargo, entre ellas podemos destacar:

a) Embargo en forma de inscripción.- que procede en caso de bienes registrados; la medida puede ejecutarse inscribiéndose el monto de la afectación, siempre que ésta resulte compatible con el título de propiedad ya inscrito. Este embargo no impide la enajenación del bien, pero el sucesor asume la carga hasta por el monto inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente, así lo prevé el art. 656 CPCp.

b) Embargo en forma de retención.- cuando la medida recae sobre derechos de crédito u otros bienes en posesión de terceros, cuyo titular es el afectado con ella, puede ordenarse al poseedor retener el pago a la orden del Juzgado, depositando el dinero en el

Banco de la Nación. Tratándose de otros bienes, el retenedor asume las obligaciones y responsabilidades del depositario, salvo que los ponga a disposición del Juez, según lo previsto por el art. 657 CPCp.

c) Embargo en forma de intervención en recaudación.- cuando la medida afecta una empresa de persona natural o jurídica con la finalidad de embargar los ingresos propios de ésta, el Juez designará a uno o más interventores recaudadores, según el caso, para que recaben directamente los ingresos de aquella. La resolución que dispone la cautela debe precisar el nombre del interventor y la periodicidad de los informes que debe remitir al Juez, según lo establece el art. 661.

d) Embargo en forma de intervención en información.- cuando se solicite recabar información sobre el movimiento económico de una empresa de persona natural o jurídica, el Juez nombrará uno o más interventores informadores, señalándoles el lapso durante el cual deben verificar directamente la situación económica del negocio afectado y las fechas en que informarán al Juez; art. 665.

e) Embargo en forma de administración de bienes.- cuando la medida recae sobre bienes fructíferos, pueden afectarse en administración con la finalidad de recaudar los frutos que produzcan. Art. 669. A pedido fundamentado del titular de la medida, se puede convertir la intervención en recaudación a intervención en administración. El Juez resolverá el pedido, previo traslado por tres días al afectado y atendiendo a lo expresado por el veedor, si lo hubiera. En este caso, el administrador o administradores según corresponda, asumen la representación y gestión de la empresa, de acuerdo a la ley de la materia. Contra esta decisión procede apelación con efecto suspensivo, así lo establece el art. 670.

B.- El Secuestro

Esta es una medida absorbida de la legislación italiana, y se diferencia claramente del embargo en que importa una desposesión del bien litigioso.

El secuestro se encuentra regulado por el art. 643, y comprende a su vez dos clases de secuestro:

a) Secuestro judicial.- se utiliza cuando el proceso principal tiene por finalidad concreta la dilucidación del derecho de propiedad o posesión sobre determinado bien, afectado dicho bien, con desposesión de su tenedor y entrega a un custodio designado por el Juez.

b) Secuestro conservativo.- procede cuando la medida tiende a asegurar la obligación de pago contenida en un título ejecutivo de naturaleza judicial o extrajudicial, puede recaer en cualquier bien del deudor, también con desposesión y entrega al custodio.

Cuando sean compatibles con su naturaleza, se aplican al secuestro, las disposiciones referidas al embargo. Pueden secuestrarse bienes muebles que se encuentran dentro de una fábrica o comercio, cuando éstos, aisladamente, no afecten el proceso de producción o de comercio, así lo establece el art. 651.

C.- Ejecución del embargo y el secuestro

En la ejecución del embargo o secuestro, el auxiliar jurisdiccional procederá a precisar en el acta, bajo responsabilidad y con el auxilio de un perito cuando fuere necesario: la naturaleza de los bienes, número o cantidad, marca de fábrica, año de fabricación, estado de conservación y funcionamiento, numeración registral y demás datos necesarios para su cabal identificación y devolución en el mismo estado en que fueron depositados o secuestrados. Igualmente identificará a la persona designada como órgano de auxilio, certificando la entrega de los bienes a ésta, así lo dispone el art. 644 CPC peruano.

En caso de que se dicte secuestro conservativo o embargo, sobre soportes magnéticos, ópticos o similares, el afectado con la medida tendrá derecho a retirar la información contenida en ellos.

7.2.- Anotación de demanda en los Registros Públicos

Cuando la pretensión discutida en el proceso principal está referida a derechos inscritos, la medida cautelar puede consistir en la anotación de la demanda en el registro

respectivo. Para su ejecución, el Juez remitirá partes al registrador, los que incluirán copia íntegra de la demanda, de la resolución que la admite y de la cautelar.

El registrador cumplirá la orden por su propio texto, siempre que la medida resulte compatible con el derecho ya inscrito. La certificación registral de la inscripción se agrega al expediente. La anotación de la demanda no impide la transferencia del bien ni las afectaciones posteriores, pero otorga prevalencia a quien ha obtenido esta medida.

7.3.- Medidas temporales sobre el fondo

Estas medidas excepcionales, se adoptan en caso especiales, siempre y cuando exista una necesidad impostergable del que la pide, por la firmeza del fundamento de la demanda y prueba aportada, la medida puede consistir en la ejecución anticipada de lo que el Juez va a decidir en la sentencia, sea en su integridad o sólo en aspectos sustanciales de ésta, siempre que los efectos de la decisión pueda ser de posible reversión y, no afecten el interés público; así lo establece el art. 674 CPCp.

Dentro de estas medidas excepcionales podemos citar las siguientes:

A.- Asignación anticipada de alimentos.- se utiliza en el proceso sobre prestación de alimentos procede la medida de asignación anticipada de alimentos cuando es requerida por los ascendientes, por el cónyuge, por los hijos menores con indubitable relación familiar o por los hijos mayores de edad de acuerdo con lo previsto en los artículos 424, 473 y 483 del Código Civil. El juez señala el monto de la asignación que el obligado pagará por mensualidades adelantadas, las que serán descontadas de la que se establezca en la sentencia definitiva, art. 675 CPCp.

Si la sentencia es desfavorable al demandante, queda éste obligado a la devolución de la suma percibida y el interés legal, los que serán liquidados por el Secretario de Juzgado, si fuere necesario aplicándose lo dispuesto por el Artículo 567. La decisión del Juez podrá ser impugnada. La apelación se concede con efecto suspensivo, art. 676 CPCp.

B.- En asuntos de familia e interés de menores.- procede en caso de que la pretensión principal versa sobre separación, divorcio, patria potestad, régimen de visitas, entrega de menor, tutela y curatela, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, atendiendo preferentemente al interés de los menores afectados con ella, art. 677.

Si durante la tramitación del proceso se producen actos de violencia física, presión psicológica, intimidación o persecución al cónyuge, concubino, hijos o cualquier integrante del núcleo familiar, el Juez debe adoptar las medidas necesarias para el cese inmediato de los actos lesivos.

C.- En caso de administración de bienes.- En los procesos sobre nombramiento y remoción de administradores de bienes, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final a efecto de evitar un perjuicio irreparable, art. 678.

D.- En proceso de desalojo.- En los procesos de desalojo por vencimiento del plazo del contrato o por otro título que obligue la entrega, procede la ejecución anticipada de la futura decisión final, cuando el demandante acredite indubitablemente el derecho a la restitución pretendida y el abandono del bien, art 679.

E.- Separación y divorcio.- El art. 680, establece que en cualquier estado del proceso el Juez puede autorizar, a solicitud de cualquiera de los cónyuges, que vivan en domicilios separados, así como la directa administración por cada uno de ellos de los bienes que conforman la sociedad conyugal.

F.- En caso de despojo de un bien.- En el interdicto de recobrar, procede la ejecución anticipada de la decisión final cuando el demandante acredite verosímilmente el despojo y su derecho a la restitución pretendida, art. 681.

7.4.- Medidas Innovativas

A.- Medida Innovativa.-

El art. 682, del CPC peruano, contempla las medidas innovativas en caso que exista la inminencia de un perjuicio irreparable, el Juez dictará medidas destinadas a reponer un estado de hecho o de derecho cuya alteración vaya a ser o es el sustento de la demanda. Esta medida es excepcional por lo que sólo se concederá cuando no resulte aplicable otra prevista en la ley. Es necesario indicar que las medidas innovativas constituyen “un hacer” significan el modificar, realizar o innovar la situación existente con la finalidad de evitar un perjuicio; por ello consideramos que el CPC peruano, incurre en un error al considerar que las medidas innovativas reponen las cosas a un estado anterior, puesto que esto corresponde más bien a las medidas de no innovar, puesto que precisamente estas últimas buscan que no se modifique el estado de las cosas, manteniendo el statu quo, y cuando se modifique éste, se retroceda o retrotraigan las cosas a su estado anterior. Por estas razones creemos que existe una confusión en el CPC peruano, respecto a las medias innovativas y las de no innovar.

B.- Medida innovativa en caso de construcción ruinosa.- Cuando exista una edificación que se encuentre en ruinas, y se haya iniciado un proceso de interdicto de retener, el juez podrá disponer la medida cautelar innovativa, constituya una serie de órdenes tendientes a evitar el daño que pudiera causar la caída de un bien en ruina o en situación de inestabilidad; como por ejemplo, ordenar el apuntalamiento de las paredes de la obra ruinosa antes de que ésta se desplome. Es decir que lo que se ordena es un hacer, para evitar un perjuicio. A esta medida innovativa el CPC peruano la denomina “cautela posesoria”, art. 684.

7.5.- Medida de no innovar

El CPC peruano señala que podrán utilizarse estas medidas cautelares ante la inminencia de un perjuicio irreparable, puede el Juez dictar medidas destinadas a conservar la situación de hecho o de derecho cuya situación vaya a ser o sea invocada en la demanda y, se encuentra en relación a las personas y bienes comprendidos en el proceso. Esta medida es excepcional por lo que se concederá sólo cuando no resulte de

aplicación otra prevista en la ley. El CPC peruano denomina a esta medida como “prohibición de innovar”, art. 687.

Dentro de las medidas de no innovar el CPC peruano regula expresamente las siguientes:

A.- Cautela posesoria.- Esta medida ya la estudiamos dentro de las medidas innovativas. Pero en este caso se utiliza para detener una obra o construcción nueva, y la demanda persigue la demolición de una obra en ejecución que daña la propiedad o la posesión del demandante, entonces el juez puede disponer la paralización de los trabajos de edificación, art. 684.

B.- Abuso de derecho.- Cuando la demanda versa sobre el ejercicio abusivo de un derecho, puede el Juez dictar las medidas indispensables para evitar la consumación de un perjuicio irreparable, así lo prevé el art. 685.

C.- Derecho a la intimidad, a la imagen y a la voz.- Cuando la demanda pretenda el reconocimiento o restablecimiento del derecho a la intimidad de la vida personal o familiar, así como la preservación y debido aprovechamiento de la imagen o la voz de una persona, el juez podrá dictar la medida que exija la naturaleza y circunstancias de la situación presentada, tal como lo establece el art. 686.

Por otra parte debemos señalar que el Perú es un Estado contratante de la ADPIC, y conforme al art. 50,1, las “medidas provisionales” para la observancia de los derechos de propiedad intelectual deben ser rápidas y eficaces destinadas a: a) evitar que se produzca una infracción, y, b) preservar las pruebas pertinentes relacionadas con la presunta ilicitud.

Las providencias cautelares están tan generalizadas en la legislaciones de los países latinoamericanos sobre derechos de autor y derechos afines o conexos como la pretensión de remoción o destrucción, y entre las previstas como regla general en las leyes nacionales están (además de la suspensión de toda la actividad ilícita y el secuestro de los ejemplares ilegítimos y de los equipos o dispositivos empleados para la utilización indebida), las del embargo de los ingresos derivados de la explotación no

autorizada y otras que la autoridad estime conveniente, conforme a la misma ley especial sobre la materia o de acuerdo a las normas generales del derecho adjetivo.

Por lo demás, en algunas leyes dichas medidas van dirigidas a una “protección urgente” (Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá), lo que supone una inmediatez entre la solicitud y su concesión.

Puede afirmarse que existe una adecuación de las legislaciones nacionales en América Latina a las previsiones del ADPIC por lo que se refiere a las providencias precautorias en protección de los derechos intelectuales (entre ellos los correspondientes a los artistas intérpretes o ejecutantes), con la salvedad de Cuba, salvo la ya anotada acotación relativa a la Resolución del Ministerio de Cultura que faculta al Director del Centro Nacional de Derecho de Autor (CENDA) a intervenir en los litigios por violaciones de derecho de autor y adoptar medidas cautelares, en los casos de reclamaciones interpuestas por los titulares de los derechos ante una violación de normas que los protegen, pero queda la incertidumbre de que esas atribuciones puedan aplicarse en protección de los intérpretes o ejecutantes, cuyos derechos son omitidos en la ley cubana sobre derecho de autor.

De acuerdo al ADPIC (art. 50,6), las medidas preventivas pueden decretarse y ejecutarse antes de haberse iniciado el procedimiento conducente a una decisión sobre el fondo del asunto, es decir, sin haberse introducido todavía la demanda principal, pero tales providencias deben ser levantadas si dicha demanda no se introduce en un plazo que, a falta de disposición expresa en la legislación aplicable, no puede ser superior a 20 días hábiles o 31 días naturales, si este plazo fuera mayor.

Si bien esta figura del procedimiento instructorio anticipado (o de “medida cautelares previas al proceso”), aparece en las leyes procesales generales de muchos países, ha sido incorporada de modo expreso en varias legislaciones sobre derecho de autor y derechos afines o conexos de América Latina (Argentina, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, Perú, República Dominicana, Uruguay, Venezuela), lo que tiene singular importancia a los efectos del cumplimiento de los compromisos derivados del ADPIC, cuando ese sistema de “providencias

cautelares preliminares” antes del proceso no figura en el derecho adjetivo común del país respectivo, como sucede con algunos códigos procesales en la región.⁶⁹⁸

⁶⁹⁸ ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor...op.cit.* pags. 242 y sgtes.

V.- LAS MEDIDAS CAUTELARES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO INGLÉS

En el presente estudio hemos analizado someramente las normas que regulan el procedimiento, sujetos, presupuestos y las diferentes solicitudes de medidas cautelares en los ordenamientos alemán, italiano y francés, además del peruano y español. Aunque existen algunas diferencias entre ellos, debemos que reconocer que son más las características comunes que las diferencias. Esto se debe en mayor medida, que se trata en todos los casos de sistemas jurídicos de tipo romano-germánico.

En cambio el sistema inglés es radicalmente diferente. Decimos sistema inglés en sentido estricto, puesto que dentro del Reino Unido de Gran Bretaña, existen tres jurisdicciones soberanas e independientes: a) Inglaterra y Gales, b) Escocia, y, c) Irlanda del Norte. Ahora procederemos a estudiar únicamente el ordenamiento de Inglaterra y Gales. En este sistema, en lugar de basarse en preceptos legales que definen supuestos de hecho y asignan consecuencias jurídicas, la tutela cautelar en Inglaterra y Gales, se basa en la potestad general de los Jueces de dirigir órdenes o mandatos a las partes, denominadas *injunctions*, cuyo contenido varía a discreción del juez según las necesidades del caso en concreto. Asimismo, siempre habrá una vinculación con el precedente que constituye jurisprudencia, básica en un sistema de *common law*.⁶⁹⁹

1.- Las *injunctions* en el Derecho inglés

Las *injunctions* son órdenes que dicta un juez o Tribunal en la que requiere a alguna parte que realice una o varias acciones: *injunction* positiva o *mandatory*; o que se abstenga de realizarlas: *injunction* negativa o *prohibitory*. Las *injunctions positivas* son menos comunes que las negativas. Las *injunctions* son órdenes de obligado cumplimiento, es decir, son órdenes coercitivas.⁷⁰⁰

⁶⁹⁹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 133.

⁷⁰⁰ BEAN, *Injunctions*, 3ª ed., Londres, 1984, pag. 3; SHERIDAN, L. A., *Injunctions in general*, Chichester, 1994, pags. 1 y 2; DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, *Judicial Review y...* op.cit. pag. 83 y 95.

La *injunction* es una orden, esto significa que su eficacia se produce *in personam*, esto es, frente al destinatario, pues su finalidad es constreñir la voluntad del sujeto al que se dirige. Si este sujeto desobedece la orden, no se puede alterar la realidad de lo ocurrido, pero habrá cometido desacato, por lo que podrá ser sujeto de una *contempt of court*. En el plano civil, la función del *contempt of court* consiste precisamente en asegurar el cumplimiento de las órdenes judiciales,⁷⁰¹ El que ha incurrido en desacato se expone a diversas sanciones, entre ellas el ingreso en prisión denominada *committal to prison*, además será sujeto de multas, embargo de bienes, negativa del Tribunal a darle audiencia, desestimación de la pretensión o sentencia favorable al actor, siempre en función de qué parte haya cometido el desacato.⁷⁰² La amenaza del *contempt of court* en la práctica, es muy eficaz, de modo que la regla general es la de que las *injunctions* que se acuerdan se cumplen por sus destinatarios. La figura del *contempt of court* tiene a la vez un carácter sancionador y coercitivo. Las sanciones que se disponen no constituyen tan sólo un castigo, sino que se trata también de medios para doblegar la voluntad del destinatario de la orden que se niega a cumplirla. De ahí que, la prisión impuesta por un cierto plazo se acorte cuando el rebelde obedezca la orden.⁷⁰³

Las *injunctions* son un remedio propio del Derecho privado. Históricamente era un remedio de equidad (proveniente de la antigua *High Court of Chancery*, o Tribunal de equidad que surgió para enriquecer los remedios jurídicos que otorgaba el *Common Law*.⁷⁰⁴ En lo que a la *High Court* se refiere, la posibilidad de otorgar *injunctions* se encuentra recogida en la *Section 37(1)* de la *Supreme Court Act 1981*, conforme a la cual los tribunales gozan de una amplia discreción para otorgar *injunctions* “en todos los casos en que al tribunal le parezca justo o conveniente”. Por su parte también existen las denominadas: *order of specific performance* que constituye una orden que impone una obligación de hacer.⁷⁰⁵

⁷⁰¹ MILLER, Christopher John, *Contempt of court*, 2ª ed. Oxford, 1989, pag. 3.

⁷⁰² SHERIDAN, L.A. *Injunctions...*op.cit. pag. 78; MILLER, Christopher John, *Contempt of...*op.cit. pags. 30 y sgtes.

⁷⁰³ SHERIDAN, L.A., *Injunctions...* op.cit. pag. 90 y MILLER, Christopher John, *Contempt of...*op.cit. pags. 25 a 27.

⁷⁰⁴ HAMBURY & MARTIN, Jill E., *Modern Equity*, Sweet & Maxwell, Londres 1993, 14.ª ed., editado por Jill E. Martin, pags. 718 a 803.

⁷⁰⁵ DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, *Judicial Review y...*op.cit. pags. 81 y 83.

2.- Clases de *injunctions*

Las *injunctions* se pueden clasificar según su duración temporal. Podemos distinguir dos tipos de *injunctions*: a) Las *injunctions* de efecto permanente, denominadas *perpetual injunctions*, que son en realidad sentencias de condena, y que sólo pueden recaer tras un juicio de fondo sobre el objeto del proceso, y, b) Las *injunctions* temporales o *interlocutory injunctions*, que son medidas provisionales acordadas en una fase anterior del proceso, antes de que el Tribunal haya tenido la ocasión de valorar la prueba aportada por las partes, y cuya eficacia se mantiene hasta el fin del proceso. De lo expuesto podemos afirmar que sólo las *interlocutory injunctions* pueden considerarse como verdaderas medidas cautelares, puesto que las *perpetual injunctions* son medidas netamente ejecutivas.

La característica más importante de las *interlocutory injunctions* es la temporalidad, y dentro de éstas se pueden identificar dos subclases: b.1) las genéricamente denominadas *interlocutory injunctions* que permanecen en vigor, generalmente, hasta que termine el juicio o se ordene otra cosa; y b.2) las *interim injunction* que son todavía más provisionales, puesto que se adoptan con una eficacia que se limita hasta una hora precisa de un día cierto, por ejemplo hasta las 10:30 del día 2 de octubre.⁷⁰⁶ Por lo tanto es un error utilizar los términos de *interim e interlocutory* de modo indistinto. Por otra parte, pueden concederse las *injunction* incluso cuando los derechos del demandante no han sido infringidos, pero se teme que puedan serlo, a través de las denominadas *injunction quia timet*. La *injunction ex parte* es una *injunction* concedida sin audiencia de la otra parte. El incumplimiento de la *injunction* se castiga como desacato al tribunal, con multa o prisión, o *attachment*, entendido en este contexto como arresto.⁷⁰⁷

Las *injunctions* son creación de la jurisdicción de equidad, radicada en la *Chancery Division de la High Court*: como tal, su concesión depende de la aplicación de principios de equidad. El más importante de estos principios de equidad es el conocido como “manos limpias”, expresado en diversos aforismos como: “*he who*

⁷⁰⁶ BEAN, *Injunctions* op.cit., pag. 2; EMERY, Cari T., y SMYTHE, Bernard, *Judicial Review*, Sweet & Maxwell, Londres 1986, pag. 294.

⁷⁰⁷ BIRD, R., *Osborn's Concise Dictionary*, Sweet & Maxwell, Londres, 1983, 7ª ed, pag. 37; DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, *Judicial Review* y...op.cit. pag. 86.

comes to equity must come with clean hands”, “*he who comes to equity must do equity*”, entre otros. Esto significa que la conducta del solicitante no ha debido ser reprochable en relación con el asunto en el que solicita *injunction*. También se aplica el principio de que: “*an injunction will not be granted in vain*”, es decir, que no se adoptarán *injunctions* cuando su eficacia práctica vaya a ser nula. Asimismo, debemos tener en cuenta el principio de la “*adequacy of damages*”, esto significa que no se puede obtener una *injunction* para evitar perjuicios que se pueden resarcir mediante una indemnización de daños.⁷⁰⁸ y es por ello discrecional. En la actualidad esta práctica de equidad tiene apoyo legislativo en la *Supreme Court Act 1981*, cuya Sección 37. 1, habilita a la *High Court* para acordar una *injunction*, ya sea provisional o definitiva, en los casos en los que al Tribunal le parezca justo y adecuado hacerlo; respecto a esto existe el principio: “*The High Court may by order, wether interlocutory or final, grant an injunction ... in all cases in which it appears to the court to be just or convenient to do so*”.⁷⁰⁹

3.- Presupuestos de las *Injunctions*

El juez goza de un margen de discreción muy amplio, aunque junto a la apreciación judicial, la jurisprudencia señala un requisito más para la adopción de una *injunction*. Este presupuesto se constituye en que el solicitante tenga una causa suficiente o *cause of action, substantive claim*, frente a la contraparte. Puesto que sin causa no hay *injunction*, es decir que la *injunction* no puede ser la causa de una pretensión, pero sí un instrumento, “*an injunction is not a cause of action but a remedy*”.⁷¹⁰ Si la *injunction* es definitiva, su adopción o no constituirá el objeto del proceso; si la *injunction* es provisional, su adopción será accesoria o subordinada respecto de la cuestión principal del proceso.

⁷⁰⁸ BEAN, *Injunctions* op.cit. pags. 9 a 16; SHERIDAN, L.A., *Injunctions...* op.cit. pags. 9 a 14

⁷⁰⁹ BEAN, *Injunctions* op.cit. pag. 4 y SHERIDAN, L.A., *Injunctions...* op.cit. pag. 4.

⁷¹⁰ BEAN, *Injunctions* op.cit. pag. 4.

4.- Las *Interlocutory injunctions*

4.1.- Concepto

A diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos continentales, en Inglaterra no existen normas específicas y especiales dedicadas a las medidas cautelares. En caso de ser necesario el aseguramiento de algún derecho o situación jurídica durante la tramitación del proceso principal, se acude a las *injunctions*. Mediante las *injunctions* se solicita al juez o tribunal que acuerde las medidas necesarias para evitar el peligro que amenaza la efectiva realización del derecho discutido en el proceso.

Para estos fines se utiliza la denominada *interlocutory injunction*, la característica principal de esta medida es que su duración está condicionada a que concluya el proceso o el tribunal dicte la orden.

4.2.- Presupuestos para adoptar una *Interlocutory injunction*

Es necesario para la adopción de una *interlocutory injunction*, que siendo el solicitante titular de una pretensión, el tribunal considere justo y adecuado su empleo, así lo establece la Sección 37. 1 de la *Supreme Court Act* 1981. La práctica forense está regulada en las *Rules of the Supreme Court*, en concreto la *Order 29, rule 1*, donde se establece la forma de interponer una *injunction*. Por su parte, la jurisprudencia, en concreto, la *House of the Lords*, ya había sentado anteriormente, los requisitos necesarios para la adopción de una *injunction* en la sentencia dictada en 1975, en el asunto *American Cyanamid*⁷¹¹ Sentencia de la *House of the Lords*, que ha adquirido una inusitada fuerza práctica, y tiene rango cuasilegal. Ahora bien tiene una eficacia limitada, puesto que sus principios en ella enumerados sólo se aplican a la adopción de *prohibitory interlocutory injunctions*, es decir las *injunctions* de carácter negativo.⁷¹²

Los criterios que deben regir la adopción de una *interlocutory injunction* son:

- 1) El solicitante debe acreditar que existe una contienda real que ha de ser

⁷¹¹ *American Cyanamid Ltd. v. Ethicon Ltd.*, 1975 A.C. 396 H.L.

⁷¹² SHERIDAN, L.A., *Injunctions...* op.cit. pag. 34.

enjuiciada, en inglés: *there is a serious question to be tried*. Este requisito se puede equiparar al *fumus boni iuris*, puesto que no es preciso, probar que se tiene derecho sobre el fondo, sino sólo que es precisa una decisión jurisdiccional en relación con el fondo de la cuestión.

2) Para el caso concreto, una indemnización de daños y perjuicios no es la solución adecuada para poner remedio al perjuicio, que podría derivarse si no se acuerda la orden. Lo que se denomina como *inadequacy of damages*.

3) Dado que acordar o denegar la orden beneficiará a una parte y en consecuencia perjudicará a la otra, hay que determinar en cada caso a quién es más conveniente beneficiar o perjudicar, a esto denomina la doctrina inglesa como: “*the balance of convenience* o *balance of the risk of doing an injustice*”.⁷¹³ La evaluación que generalmente aplican los tribunales cuando consideran la posibilidad de otorgar un *interlocutory injunction* es el enunciado en *American Cyanamid Co. v Ethicon Ltd.* (1975 AC 396). En general, si una eventual indemnización por daños compensaría adecuadamente al demandante, entonces no se otorgará la *injunction*. Del mismo modo, si los daños que el demandado sufriría a consecuencia del otorgamiento de la *injunction* pudieran ser adecuadamente compensados por una indemnización posterior, entonces hay argumentos poderosos para el otorgamiento de aquélla. Hay otros elementos a considerar, tales como el mantenimiento del *status quo* y, excepcionalmente, la firmeza que, a primera vista, tienen los argumentos esgrimidos a su favor por las partes, éste es el llamado *strong prima facie case test*; que entre nosotros se podría hacer un paralelo con el aforismo latino *fumus boni iuris*.⁷¹⁴

4.3.- Proceso para adoptar una *Interlocutory injunction*

Lo normal es que las *interlocutory injunctions* se adopten previa audiencia a la parte que será afectada, es decir una *inter partes injunctions*; y excepcionalmente en algunos casos se puede adoptar la medida sin que la contraparte tenga noticia de la solicitud, o *ex parte injunctions*. Este último caso, se adoptará únicamente en casos de

⁷¹³ BEAN, *Injunctions*, op.cit, pags 22 a 28; SHERIDAN, L.A., *Injunctions...* op.cit. pag. 25 a 37; ANDREWS, Neil, *Principles of civil procedure*, Londres, 1994, pags. 222 a 234; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...*op.cit., pag. 136.

⁷¹⁴ DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, *Judicial Review y...*op.cit., pag. 87.

extrema urgencia y en aquellos casos en que dar noticia de la medida a la contraparte le permitiría realizar actos que frustraran su eficacia práctica.⁷¹⁵

Para que el Tribunal acceda a acordar una *injunction ex parte* antes de incoar el proceso, se suele exigir el compromiso o *undertaking* del solicitante, para que dé inicio al proceso principal sin dilación. Incluso el incumplimiento de este compromiso se considera *contempt of court*.⁷¹⁶ Asimismo la parte que solicita la orden *ex parte* debe poner en conocimiento del tribunal todos los hechos relevantes, tanto los que le favorecen como los que le perjudican, a lo que se denomina: *ubérrima fides, full and frank disclosure duty*. En caso que se oculten datos relevantes, se aplicará una sanción, que como regla, se constituye en el alzamiento o modificación de la *injunction* adoptada.⁷¹⁷

En ambos casos, cuando se solicite una *ex parte* o de una *inter partes interlocutory injunction*, suele ser necesario por parte del solicitante, que otorgue un compromiso de carácter contractual, que fundamenta una eventual pretensión de responsabilidad en caso de ocasionar algún perjuicio afectado; a este compromiso se le denomina *undertaking as to damages*. La obligación de otorgar una *undertaking*, tiene como finalidad asegurar que se indemnizarán los daños que la *injunction* produzca a la otra parte si finalmente se demuestra que aquella *injunction* no debió concederse, así lo estableció el *Leading Case: Smith v. Day*, 1882, 21 CH 421. Ahora bien, esta fianza no se exige cuando el demandante tiene el beneficio de justicia gratuita o cuando quien solicita la *injunction* es la Corona o un organismo en nombre de la Corona para la ejecución del Derecho; sin embargo, existe la Sentencia *Hoffman-La Roche & Co. v. Secretary of State for Trade and Industry*: (1975 AC 295), en la cual la *House of Lords* señala que esa regla no tiene ya justificación alguna, pues la *Crown Proceedings Act* 1947 ha querido situar a la Corona en la misma posición que cualquier otro litigante. No obstante, el tribunal puede dispensar discrecionalmente a las autoridades públicas de *undertaking*: *Kirklees MBC v. Wickes Building Supplies Ltd.* (1993 AC 277, House of Lords).⁷¹⁸

⁷¹⁵ SHERIDAN, L.A., *Injunctions...* op.cit., pags. 19 y 20; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 136 y 137.

⁷¹⁶ SHERIDAN, L.A., *Injunctions...* op.cit. pags. 20 y 21.

⁷¹⁷ BEAN, *Injunctions* op.cit. pag. 29, SHERIDAN, L.A., *Injunctions...* op.cit. pag. 21.

⁷¹⁸ DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, *Judicial Review y...* op.cit. pag. 87.

Este undertaking no debe considerarse como una fianza, sino tan sólo de un compromiso. Pero este compromiso puede, y en ocasiones debe, asegurarse mediante la prestación de una fianza. La prestación de esta fianza, es evidente que influenciará y determinará la discrecionalidad del juez al momento de ordenar la *injunction* solicitada.⁷¹⁹

4.4.- Impugnación de la *Interlocutory injunction*

Una vez acordada una *interlocutory injunction*, son varios los medios de reacción a que puede acudir quien se vea perjudicado por ella⁷²⁰:

1) Se acuerde o se deniegue la medida solicitada, y habiendo llevado a cabo un procedimiento ex parte o inter partes, siempre es posible impugnar la resolución mediante apelación ante la *Court of Appeal*.⁷²¹

2) Sin interponer apelación, el afectado podrá dirigirse al juez que acordó la medida, solicitando el levantamiento o *discharge*; o de ser el caso, solicitará la modificación o *variation* de la *injunction*. Cuando se haya acordado la *injunction* ex parte, lo usual es que el afectado acuda a esta vía, puesto que obligará al juez a decidir nuevamente sobre el asunto, esta vez inter partes; y tras esta resolución sigue siendo posible apelar ante la *Court of Appeal*.

4.5.- Contenido de la *Interlocutory injunction*

Las *interlocutory injunctions* no suelen tener un contenido típico, sino que éste varía en función de las necesidades de cada caso concreto. Ahora bien, en la práctica, y tratándose del sistema inglés basado en la jurisprudencia, se ha consolidado el empleo de ciertos tipos de *standard* de *injunctions*, que sirven para fines muy concretos. El ejemplo más claro de ello son la *Mareva injunction* y la *Anton Piller Order*, de las que nos ocuparemos en breve. Junto con ellas, también se han consolidado otras

⁷¹⁹ BEAN, *Injunctions* op.cit. pag. 21; SHERIDAN, L.A., *Injunctions...* op.cit., pags. 22 a 25.

⁷²⁰ SHERIDAN, L.A., *Injunctions...* op.cit., pag. 38.

⁷²¹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 137.

interlocutory injunctions en gran número de procesos concretos.⁷²²

Otra cuestión importante, es la relación de la *interlocutory injunction* con el proceso sobre el fondo, en el Derecho inglés no existe la noción de “proceso cautelar”, de modo que la adopción de una *injunction* es una incidencia más dentro de un proceso cuyo desarrollo es totalmente diverso al desarrollo de un proceso ordinario en cualquier Ordenamiento continental.⁷²³

4.6.- Momentos de solicitar la *Interlocutory injunction*

En la práctica, lo usual, es que se solicite la adopción de una *interlocutory injunction* en el mismo momento de interponer la demanda. Pero también podrá solicitarse, cuando el proceso ya está en curso. Asimismo podrá solicitarse la orden ante causam, pero será necesario que el solicitante se comprometa a incoar el proceso principal sin dilación.

Lo que sucede en la práctica es que, la obtención de la *injunction* suele poner fin al proceso, porque las partes llegan a una transacción o *settlement*; o porque desisten de continuar en el proceso.⁷²⁴ De modo que, si bien es cierto que el sistema inglés es muy diferente a Ordenamientos de tipo continental. Pero en la práctica sucede que, si bien es cierto que las *interlocutory injunctions* no sustituyen en sí al proceso principal, pues lo necesitan como marco para ser adoptadas; a menudo, su adopción conduce a un fin de la controversia sin sentencia de fondo, lo que, de hecho, significa que la tutela provisional sustituye a la definitiva.⁷²⁵

⁷²² GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...op.cit.*, pag. 138.

⁷²³ Así lo expresó Lord DIPLOCK en el asunto *The Siskina* (1978) 1 Lloyd's Rep 1-10, empleando los siguientes términos: “A right to obtain an interlocutory injunction is not a cause of action. It cannot stand on its own. It is dependent on there being a pre-existing cause of action against the defendant arising out of an invasion, actual or threatened, by him of a legal or equitable right of the plaintiff for the enforcement of which the defendant is amenable to the jurisdiction of the court. The right to obtain an interlocutory injunction is merely ancillary and incidental to the pre-existing cause of action”.

⁷²⁴ Lord DENNING lo expresaba del siguiente modo: “Nearly always... these cases do not go to trial. The parties accept the prima facie views of the court or settle the case. At any rate, in 99 cases out of 100, it goes no further” en *Fellowes E Son v. Fisher*, 1976 QB 122, 129 g)

⁷²⁵ ANDREWS, Neil, *Principles of ...op.cit.* pag. 222, señala expresamente lo siguiente: “such interim relief is an important aspect of ‘accelerated justice’”.

4.7.- *Interlocutory injunctions* para los derechos de autor

Para nuestro estudio, es muy importante señalar que las *interlocutory injunctions* son muy frecuentes en procesos sobre propiedad intelectual, industrial, publicaciones y protección del honor, así como en los procesos sobre cuestiones matrimoniales y familiares. Por ejemplo, el asunto *Attorney General v. Barker and another*⁷²⁶, en el que se ordenó la no publicación de un libro escrito infringiendo una obligación contractual de no divulgar la información obtenida al desempeñar un puesto de trabajo, en concreto, al servicio de la Casa Real británica. La medida tenía carácter de *interlocutory*, y sólo tras el juicio de fondo podría adquirir carácter definitivo.

Otro caso concreto sucedió con el famoso asunto del *Spycatcher*, un libro escrito por un individuo que había trabajado en los servicios secretos británicos, el M.I.5, en el que trataba irregularidades y actividades ilegales de tales servicios. La publicación del libro fue desautorizada por la Corona y se incoaron acciones para que se prohibiera de modo absoluto en Inglaterra. Entonces ciertos diarios como el “*Observer*”, el “*Guardian*” y el “*Independent*” adquirieron los derechos y se dispusieron a publicarlo en series; pero se solicitaron frente a ellos *injunctions* prohibiéndoles tal publicación, que fueron acordadas. La finalidad de tales *injunctions* no era sólo la protección del derecho a que no fueran publicadas, sino sobre todo, mantener la utilidad del proceso sobre el fondo, si el contenido del *Spycatcher* saltaba a la luz pública, carecía de sentido real enjuiciar sobre si debía prohibirse o no su publicación. De ahí que cuando el “*Sunday Times*” publicó un extracto del libro, aunque ninguna *injunction* se había dirigido expresamente frente a él, fue condenado por *contempt of court*, pues su conducta había dañado un proceso judicial en curso, *Attorney General v. Times Newspapers Ltd. and another*⁷²⁷.

5.- La *Mareva Injunction*

5.1.- Concepto

Es una orden que el tribunal dirige al demandado prohibiéndole que disponga de

⁷²⁶ *Attorney General v. Barker and another*⁷²⁶; (1990) 3 AllER 257-262 (C.A.).

⁷²⁷ *Attorney General v. Times Newspapers Ltd. and another* (1991) 2 WLR 994-1027 (H.L.).

sus bienes o que los saque del ámbito territorial dentro del cual dicho tribunal ejerce su jurisdicción. Esta orden puede dictarse antes o después del proceso.⁷²⁸ Los efectos de esta orden se prolongan hasta que se pronuncie sentencia o se dicte otra resolución.⁷²⁹ La *Mareva injunction* constituye un tipo especial de *interlocutory injunction* desarrollado a nivel jurisprudencial, y que en la actualidad cuenta con apoyo legislativo expreso.⁷³⁰

La *Mareva injunction* cumple una función similar al embargo preventivo español, al *Arrest* alemán, el *sequestro conservativo* italiano y el *saisie conservatoire* francés. Pretende conservar el patrimonio del deudor mientras dure el proceso, y así asegurar la ejecución de la sentencia de condena que eventualmente puede recaer. Ahora bien, la diferencia con las medidas propias de los Ordenamientos continentales, es que éstas operan directamente sobre los bienes del afectado, puesto que otorgan a favor del solicitante un *ius prioritatis* y un *ius perseguendi* sobre dichos bienes. En cambio, las *Mareva injunction*, empleando la terminología inglesa, tienen una eficacia *in rem*, ya que constituyen una orden y, como tal, opera *in personam*. Su finalidad es constreñir la voluntad del destinatario, pero no concede derecho alguno sobre los bienes del afectado.⁷³¹

5.2.- Base legal y evolución jurisprudencial

En Inglaterra, hasta mediados del siglo pasado, era frecuente el arresto del deudor en tanto no proporcionara una garantía de cumplimiento de la obligación ejercitada judicialmente. Esa práctica fue abolida, y se pasó al extremo contrario, no cabía posibilidad alguna de asegurar en vía cautelar la ejecución forzosa de los créditos pecuniarios.⁷³²

⁷²⁸ GARNET, Kevin, RAYNER, James Jonathan, and DAVIES, Gillian, *Copinger an Skone James on Copyright*, Fourteenth Edition, Sweet & Maxwell, London 1999, pag. 1050.

⁷²⁹ OUGH & FLENEY, *The Mareva Injunction and Anton Piller Order, Practice and Precedents*, 2.^a ed., Londres, 1993, pag. 9; CAPPER, David; *Mareva injunctions*, Londres, 1988, pag. 3, GEE, Steven, *Mareva Injunctions and Anton Piller Relief*, 3.^a ed. Londres 1995, pag. 10.

⁷³⁰ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 140.

⁷³¹ CAPPER, David, *Mareva injunctions* op.cit. pags. 4 a 8; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 140 y 141.

⁷³² KESSEL, Christian, “Grundsätze des vorläufigen Rechtsschutzes in England und Wales”, *RIW*, Recht der Internationalen Wirtschaft, 1993, pag. 990; CAPPER, David, *Mareva injunctions* op.cit. pags. 15 a 22.

La nueva práctica fue, sin embargo, interrumpida en 1975, año en que por primera vez se acordaron *interlocutory injunctions* prohibiendo al demandado disponer de sus bienes en tanto no se dictara sentencia en el proceso. Resulta sorprendente cómo se pudo borrar tan rápidamente más de un siglo de práctica judicial e introducir una figura totalmente nueva. Eso fue lo que sucedió en el primer asunto en que se concedió una medida de este tipo, el asunto *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis and another*⁷³³. En él, al *Master of the Rolls* de la *Court of Appeal*, Lord DENNING, le bastaron quince palabras para romper con el pasado y abrir una brecha que no deja de producir novedades: “*It seems to me that the time has come when we should revise our practice*”⁷³⁴, que significa: “Me parece que ha llegado el momento en que deberíamos revisar nuestro derecho procesal”.⁷³⁵

Pero fue el segundo caso en que se concedió una medida de esta índole, que dio nombre y generó el principal antecedente. Se trataba del asunto *Mareva Compañía Naviera SA v. International Bulkcarriers SA*⁷³⁶. En la sentencia, uno de los ponentes, Lord ROSKILL, afirmó la jurisdicción de la *Court of Appeal* para acordar una medida de este tipo de modo también lapidario: “*In my judgement, it would be wrong to tolerate this if it can be avoided*”, que significa: “en mi opinión, estaría mal tolerar algo que puede evitarse”.⁷³⁷ Se refería expresamente al abuso por parte del deudor de mala fe, que durante la tramitación del proceso disponía fraudulentamente de sus bienes o los saca de la jurisdicción. Este tipo de órdenes pasaron a adquirir en la práctica forense la denominación de *Mareva injunctions*.⁷³⁸

La adopción de estas dos *injunctions* constituyó en cierto modo una revolución, y fue el punto de partida para un desarrollo práctico y jurisprudencial de estas medidas, que tuvieron y aún siguen teniendo caracteres casi vertiginosos. En efecto, las primeras *Mareva injunctions* se concedían frente a demandados domiciliados en el extranjero, que disponían de bienes sus bienes ubicados en Inglaterra, y a los que se demandaba en Inglaterra. Pero es necesario señalar, que se denegaban si el demandado residía en Inglaterra, o si el proceso principal debía desarrollarse en el extranjero.

⁷³³ *Nippon Yusen Kaisha v. Karageorgis and another* (1975) 1 *WLR* 1093-1095 (C.A.).

⁷³⁴ Lord DENNING, loc.cit. pag. 1095A.

⁷³⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 141.

⁷³⁶ *Mareva Compañía Naviera SA v. International Bulkcarriers SA* (1975) 2 *Lloyd's Rep.* 509-512.

⁷³⁷ Lord ROSKILL, loc. cit., pag. 511.

⁷³⁸ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 142.

Pero esta situación cambió en pocos años. De un lado, la *Sección 37 de la Supreme Court Act 1981*, en su apartado .3, supuso una previsión legal de la facultad de los jueces para adoptar *Mareva injunctions*. Asimismo reconoció de modo inequívoco la posibilidad de acordarlas también frente a demandados residentes en Inglaterra, que los tribunales habían venido aplicando de modo espontáneo. Desde ese momento, la base de la jurisdicción para la adopción de una *Mareva injunction* no ha sido el precedente, sino la *Sección 37 de la Supreme Court Act 1981*.⁷³⁹

Por otra parte, se reconoció el poder a los tribunales ingleses de acordar *Mareva injunctions* en apoyo de procesos extranjeros, en Estados miembros del convenio de Bruselas, a través de la *Sección 25 de la Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*.

Podemos apreciar que el ámbito de aplicación de las *Mareva injunctions* se ha ido extendiendo, hasta el punto de que, desde 1988, también es posible acordar estas medidas que impiden disponer no sólo de los bienes situados en Inglaterra, sino también de los bienes situados en el extranjero, las llamadas *Worldwide Mareva injunctions*. Este cambio se materializó con tres sentencias dictadas casi sucesivamente por la *Court of Appeal* en Junio y Julio de 1988, en los siguientes asuntos: *Babanaft International Co. SA v. Bassatne and another*⁷⁴⁰; *Republic of Haiti and anothers v. Duvalier and others*⁷⁴¹; *Derby E Co. Ltd. And others v. Weldon and others*⁷⁴². Ahora es posible, incluso ordenar que ciertos bienes ubicados en un Estado extranjero sean trasladados a otro, donde será más fácil que el actor realice sobre ellos la ejecución forzosa.⁷⁴³

5.3.- Presupuestos de las *Mareva injunctions*

Para que el juez pueda disponer una *Mareva injunction* es necesario que concurren dos situaciones fácticas⁷⁴⁴ respecto del solicitante de la medida y a quien será

⁷³⁹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 142.

⁷⁴⁰ *Babanaft International Co. SA v. Bassatne and another*, (1989) 2 *WLR*, The Weekly Law Reports, 232-261 (C.A.).

⁷⁴¹ *Republic of Haiti and anothers v. Duvalier and others* (1989) 2 *WLR* 261-275.

⁷⁴² *Derby E Co. Ltd. And others v. Weldon and others*, (1989) 2 *WLR* 276-289.

⁷⁴³ Asunto *Derby v. Weldon* (núm. 6), 1990, 1 *WRL* 1139; GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 143.

⁷⁴⁴ OUGH & FLENEY, *The Mareva Injunction...* op.cit., pag. 10; GEE, Steven, *Mareva Injunctions...* op.cit., pags. 140 y sgtes.

el afectado con la misma:

1) El solicitante deberá tener un derecho o causa que en apariencia goza de fundamento, que en inglés se denomina: *a good arguable case*, a este presupuesto nosotros lo conocemos como *fumus boni iuris*. En Inglaterra el juez deberá realizar una apreciación para el caso concreto, sin reglas fijas, con base en su exclusivo criterio discrecional.⁷⁴⁵

2) Por su parte el demandado deberá tener bienes dentro de la jurisdicción; además deberá concurrir el riesgo serio de que, si no se le impide mediante la *injunction*, o bien retirará dichos bienes de la jurisdicción o bien dispondrá de ellos, en cualquiera de estos casos la intención del afectado es frustrar la ejecución de la sentencia que el solicitante obtendrá culminado el proceso. Es decir que este presupuesto de las *Mareva injunctions*, se equipara a la apreciación de que concurra el *periculum in mora*. Así lo señaló expresamente Lord DENNING en el asunto *Mareva*⁷⁴⁶: “Si aparentemente existe una deuda, y existe peligro que el deudor puede disponer de sus bienes antes de la sentencia del juzgado, sera necesario conceder una medida cautelar para evitar que el deudor disponga de dichos bienes”.

Las *Mareva injunctions*, en cuanto a su naturaleza jurídica, son una *interlocutory injunction*. Por lo tanto, es necesario que cumplan con los requisitos que se exigen para poder acordar estas órdenes provisionales, y muy en especial, al requisito de que el solicitante debe de disponer de una pretensión frente a la contraparte. Es necesario señalar que antiguamente se exigía que tal pretensión se estuviera ejercitando o fuera ejercitable ante los Tribunales ingleses; pero hoy en día, tras la Sección 25 de la *Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*, es posible que esa pretensión esté siendo o vaya a ser enjuiciada por jueces extranjeros, e incluso por tribunales arbitrales, ya sean ingleses o extranjeros. Esto sin perjuicio de que al tratarse de una *injunction*, y al ser de aplicación discrecional, ante los ojos del juez, la *balance of convenience* debe inclinarse

⁷⁴⁵ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 143 y 144.

⁷⁴⁶ Asunto *Mareva*, cit. pag. 510, Lord DENNING expresó: “*If it appears that the debt is due and owing and there is a danger that the debtor may dispose of his assets so as to defeat it before judgement the Court has jurisdiction in a proper case to grant an interlocutory judgment so as to prevent him disposing of those assets*”.

a favor del solicitante,⁷⁴⁷ Sección 37 de la *Supreme Court Act 1981*: el juez acordará una *injunction* en los casos en que le parezca: “*just and convenient*”, es decir justa y conveniente.⁷⁴⁸

5.4.- Requisitos de las *Mareva injunctions*

Además del acreditamiento de los presupuestos fácticos que justifican la adopción de una *Mareva injunction*, es necesario cumplir con otros requisitos, que si bien no son de la importancia de los presupuestos antes señalados, éstos son de obligatorio cumplimiento, para que el juez pueda ordenar la medida solicitada. Este requisito lo cumplirá el solicitante en su escrito de la solicitud, mediante el cual formulará y asumirá ciertos compromisos, denominados *undertakings*. La finalidad de este compromiso es restablecer en cierta medida el equilibrio a favor del afectado con la medida, e incluso a favor de terceros a quienes podría afectarles la orden.

Debemos señalar que este requisito no se encuentra establecido en la ley, ni tampoco se encuentra establecido de modo firme e inequívoco por la jurisprudencia. Pero en la práctica los jueces lo solicitan de manera uniforme. En caso que el solicitante no cumpla con prestar las *undertakings*, dado que la *Mareva injunction* es una medida discrecional, el juez podrá denegar la adopción de la orden solicitada. De la misma forma, si una vez que se haya acordado la orden, el solicitante incumpliera con otorgar efectivamente la *undertaking*, se incurriría en motivo suficiente para dejarla sin efecto a instancia de la parte afectada.⁷⁴⁹

Los *undertakings* son un compromiso personal del solicitante, cumple la función de servir de base para poder dirigirse frente a él en caso de que lo incumpla. El caso más claro es el del *undertaking as to damages*, es decir que en caso de que la medida fuera acordada de modo inadecuado, el *undertaking* será la base para exigir indemnización por los daños causados. Es decir que cumple la función de la caución. Lo que sucede es que en el sistema del *Common law*, sin la existencia del *undertaking*, no habría base jurídica para determinar alguna responsabilidad directa del actor en los daños que se

⁷⁴⁷ GEE, Steven, *Mareva Injunctions... op.cit.*, pags. 159 y 160.

⁷⁴⁸ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...op.cit.*, pag. 144.

⁷⁴⁹ OUGH & FLENEY, *The Mareva Injunction... op.cit.*, pags. 146 y sgtes.

causaron al afectado con afectado como consecuencia de la adopción de la *Mareva injunction*. En conclusión, el *undertaking as to damages* no es una fianza, sino la base para poder exigir al actor responsabilidad por daños.

A continuación, señalaremos cuáles son los *undertakings* más importantes y frecuentes, sin embargo en la práctica podrán darse otros *undertakings*, dada la discrecionalidad del juez para el caso en concreto⁷⁵⁰:

- *Undertaking as to damages*, constituye el compromiso del solicitante de indemnizar los daños que podrían ocasionarse a la contraparte por la adopción de la medida, si se llega a demostrar que estaba injustificada. Si el juez considera que el solicitante carece de bienes suficientes para hacer efectivo su compromiso, puede exigir que preste algún tipo de garantía o fianza.

- *Undertaking to issue writ forthwith*, es el compromiso de incoar de inmediato el proceso sobre el fondo, si la medida se solicitó con anterioridad.

- *Undertaking to serve papers on defendant*, se traduce en el compromiso de notificar al demandado toda la documentación que el solicitante presentó al tribunal al solicitar la medida.

- *Undertaking to serve third parties*, es el compromiso de notificar con una copia de la orden a cualquier tercero que se vea afectado con la medida, con la finalidad de darle noticia sobre su adopción, comunicándole asimismo su derecho a solicitar el levantamiento o la modificación de la orden..

- *Undertaking to pay reasonable costs*, que es el compromiso frente a terceros de que les abonará los gastos que se les haya ocasionado la orden, derivado de haber tenido que cumplirla.

- El compromiso de notificar de inmediato al afectado con los términos exactos de la orden, así como de comunicarle su derecho a oponerse judicialmente a la orden, solicitando su levantamiento o modificación.⁷⁵¹

5.5.- Finalidad de una *Mareva injunction*

Su finalidad es determinar y limitar la voluntad del afectado, evitando que disponga de sus bienes o los movilice fuera de la jurisdicción del juzgado, a través de la

⁷⁵⁰ OUGH & FLENEY, *The Mareva Injunction...* op.cit., pags. 114 a 124.

⁷⁵¹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 145.

amenaza que supone la sanción de una *cotempt of court* en caso de incumplir los términos de la orden.

Además de obligar al afectado, la *Mareva injunction* extiende su eficacia sobre cualquier tercero que haya sido notificado con la adopción de esta medida.⁷⁵² De tal manera, que si el tercero coopera con el afectado de la medida para desplazar los bienes o disponer de ellos, será también reo de *contempt of court*. En la práctica, los terceros que con mayor frecuencia se ven afectados por las *Mareva injunctions* son los bancos y entidades de crédito en general, puesto que son ellos quienes tienen en su poder el dinero de los afectados. Las *Mareva injunctions* más comunes son precisamente las que prohíben disponer de las sumas depositadas en cuentas corrientes; la orden va dirigida en contra de los bancos y consiste en que congelen las cuentas de los directamente afectados con la medida.⁷⁵³

Para que la *Mareva injunction* gozen de una efectividad total, además de poder extenderse a terceros, existen otros dos factores:

1) En principio estas órdenes se acuerdan sin dar audiencia a la otra parte⁷⁵⁴, con lo cual el efecto sorpresa favorece siempre al solicitante. Incluso el solicitante puede dar noticia de la orden a los bancos y terceros que tengan en su poder bienes del afectado, antes que al propio afectado.

2) En segundo lugar, el juez tiene la facultad de acompañar la medida con cualquier otra orden complementaria, denominada *ancillary order*, que estime oportuna para determinar aún más la voluntad del afectado.⁷⁵⁵ De acuerdo a la jurisprudencia, dentro del poder para conceder una *interlocutory injunction* va implícito el poder de dar todas las órdenes complementarias necesarias para un ejercicio adecuado y efectivo de tal poder⁷⁵⁶ En la práctica, las órdenes más eficaces y útiles que se suelen dictar acompañando una *Mareva injunction* son las denominadas *discovery* o *disclosure*

⁷⁵² Al respecto DEVONSHIRE, Peter, "The implications of third parties holding assets subject to a Mareva injunction" en *Lloyd's Maritime and Commercial Law Quarterly*, 1996, pags. 268 a 285.

⁷⁵³ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 145 y 146.

⁷⁵⁴ OUGH & FLENEY, *The Mareva Injunction...* op.cit., pags. 270 y sgtes.

⁷⁵⁵ CAPPER, David; *Mareva injunctions...* op.cit., pag. 92, GEE, Steven, *Mareva Injunction...* op.cit., pags. 270 y sgtes.

⁷⁵⁶ Sentencia de los asuntos a.j. *Bekhor and Co. v. Bilton* (1981) 2 *All ER*, 565; *Ashtiani v. Kashi* (1980) 2 *All ER* 970.

orders, mediante estas se ordena al afectado que señale la ubicación, extensión, valor y naturaleza de todos sus bienes dentro de la jurisdicción. De esta manera, con estas órdenes se puede además de conocer el patrimonio del afectado, también individualizar la orden sobre ciertos bienes específicos, obviamente los más valiosos a fin de asegurar la ejecución.⁷⁵⁷

El efecto de una *Mareva injunction* se proyecta sobre todo el patrimonio del afectado y le impide disponer de él de cualquier modo. Con el objeto de menguar en algo, el efecto tan drástico de esta medida, el juez tiene la potestad de modularlo con la inclusión de ciertas previsiones o limitaciones, los denominadas *provisos*.

En la resolución que concede una *Mareva injunction*, el juez deberá señalar cuáles son los *provisos* que delimitan el monto de la medida. En primer lugar, el juez incluye la determinación máxima de la suma de dinero por la que se acuerda la orden, la denominada *maximun sum proviso*; es decir que la *Mareva injunction* sólo congelará los bienes del afectado hasta esa cuantía, que deberá coincidir con la cuantía máxima de la deuda, que el solicitante haya acreditado fehacientemente. Además de la determinación de la cuantía máxima, se incluyen en la orden otros *provisos*. Que son ciertas sumas de dinero, de las cuales podrá disponer libremente el afectado, puesto que le permiten atender ciertos gastos necesarísimos como son: los gastos de la vida cotidiana, llamados *ordinary living expenses proviso*, gastos habituales en el ejercicio de su actividad empresarial, denominados *ordinary business expenses proviso*, o los gastos razonables derivados de su defensa en el proceso en que se acordó la *Mareva injunction* o *legal expenses proviso*.⁷⁵⁸

5.6.- Solicitud de una *Mareva injunction*

Para entender mejor la *Mareva injunction*, sus efectos y además explicar la inclusión de los *undertakings* y de los *provisos* dentro de la orden, consideramos necesario hacer breve referencia a la solicitud en sí de una *Mareva injunction*. En la práctica, en casi la totalidad de los casos, se solicita la medida sin dar audiencia a la parte afectada. La escrito de la solicitud se compone de dos piezas documentales: 1)

⁷⁵⁷ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 147.

⁷⁵⁸ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 148.

primero la denominada *affidavit* del solicitante, que es una especie de declaración jurada. En ella, se expone la situación que fundamenta su solicitud, donde deberá cumplirse con los principios de la *equity*, revelando todos los datos importantes, tanto los que le benefician como los que le perjudican, el denominado *full and frank disclosure duty*; 2) el segundo elemento de la solicitud es un borrador de la orden, llamado *draft order*, que es el proyecto de la orden, es decir que es el propio solicitante quien diseña un borrador de orden que contiene las medidas que según su criterio son las que mejor protegen su derecho y la resolución final del proceso. En esta *draft order* el solicitante asume sus compromisos, indicando expresamente los *undertakings* a los que se compromete, y además especifica los *provisos* y su cuantía.

Por su parte, el juez deberá evaluar si en la solicitud concurren los presupuestos básicos para acordar una *Mareva injunction*, y en caso que decida concederla, deberá analizar si el ofrecimiento de los *undertakings* y *provisos* le parecen suficientes o adecuados. Usualmente el juez exige al solicitante que se modifiquen los *undertakings*, o que se aumenten las cuantías de los *provisos* inicialmente señaladas en la solicitud.⁷⁵⁹

5.7.- Impugnación de la *Mareva Injunction*

Para impugnar una *Mareva injunction* son de aplicación todas las normas que señalamos a título general respecto de las *interlocutory injunctions*. Puesto que las *Mareva injunctions* como regla se adoptan sin audiencia al afectado, éste antes de acudir a la vía de la apelación dirigirse al juez que la dictó, o a cualquier otro de primera instancia, y solicitar que se convoque una audiencia de ambas partes, en la que podrá pedir el levantamiento o la modificación⁷⁶⁰ Esta posibilidad de solicitar el levantamiento o la modificación de la orden también la tienen los terceros que de alguna forma fueron afectados con la medida.⁷⁶¹

5.8.- Las *Worldwide Mareva injunction*

Como hemos señalado anteriormente, las *Mareva injunctions* dentro de la

⁷⁵⁹ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pags. 147 y 148.

⁷⁶⁰ OUGH & FLENEY, *The Mareva Injunction...* op.cit., pag. 153.

⁷⁶¹ OUGH & FLENEY, *The Mareva Injunction...* op.cit., pags. 29.

práctica inglesa, no son sino órdenes por la que se prohíbe al afectado disponer de su patrimonio que esté situado dentro de la jurisdicción del juzgado; pero en actualmente este límite territorial ha sido superado a través de las denominadas *worldwide Mareva injunctions*, que surte sus efectos tanto dentro como fuera de Inglaterra. Por ello, es que las *Mareva injunctions* que sólo se aplican dentro del territorio inglés han recibido calificativo de “*domestic*” *Mareva injunctions*.⁷⁶²

En la práctica, al momento de ejecutar una de estas *worldwide Mareva injunctions*, debía superar el gran obstáculo de que podían ser consideradas como un ejercicio exorbitante de jurisdicción⁷⁶³ Es decir, que a través de estas medidas, los Tribunales ingleses pretendían y en efecto ordenaban actuaciones tendientes a controlar bienes situados fuera de sus límites jurisdiccionales. Las primeras sentencias inglesas de este tipo fueron las que se dictaron en los famosos asuntos *Babanft v. Bassatne*, *Republic of Haiti v. Duvalier*; y *Derby v. Weldom*, todas citadas anteriormente; en ellas se estableció claramente que dado que una *Mareva injunction* es una orden *in personam*, los jueces ingleses, que tienen jurisdicción sobre esa persona, pueden dirigirse cualesquiera órdenes que consideren oportunas, con independencia del lugar en que deban cumplirlas.⁷⁶⁴

Es preciso señalar que la orden no afecta directamente a bienes situados fuera de Inglaterra, sino que lo que se consigue constreñir es sólo la conducta del sujeto afectado. Ahora bien, una cosa es que, los jueces ingleses puedan por vía de *injunction* ordenar al afectado que se abstenga de disponer de su patrimonio fuera de Inglaterra, y otra cosa muy diferente, es pretender que los terceros ubicados en el extranjero y no sometidos a la jurisdicción inglesa, en especial los bancos, se vean obligados por la orden, e incluso que puedan ser condenados por *contempt of court*. Puestas las cosas así, los propios tribunales ingleses comprendieron que eso sí que sería un ejercicio exorbitante de su jurisdicción.

⁷⁶² GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 149.

⁷⁶³ CAPPER, David, “Worldwide Mareva injunctions”, *The Modern Law Review*, vol. 54, 1991, págs. 329 a 348.

⁷⁶⁴ DOHMANN, Barbara y BRIGGS, Adrian “Worldwide Mareva injunctions and the enforcement of Foreign judgments in England”, en *Materialles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung* (ed. P. Schlosser), Bielefeld, 1992, pag. 166.

Los jueces ingleses, optaron por la solución de incluir en toda *worldwide Mareva injunction*, una cláusula o *proviso* especial, el denominado *Babanaft proviso*. La función de este *proviso*, es delimitar la eficacia de la orden frente a terceros, en términos que impiden considerarla como atentatoria contra la soberanía extranjera⁷⁶⁵ Esta cláusula limitaba la medida, puesto que señalaba expresamente que la orden sólo tendrá efecto pleno en caso de que sea objeto de *exequátur* en otro Estado, de modo que sólo entonces podrá ser eficaz frente a terceros no sujetos a la jurisdicción inglesa. En este caso, la doctrina ha señalado que este *proviso* es innecesario, puesto que sin *exequátur* es obvio que la *injunction* no tendrá efectos sobre terceros en el extranjero; pero una vez obtenido, la eficacia de la orden derivará de que fue asumida por los jueces nacionales, no de la potestad jurisdiccional inglesa y en caso de incumplimiento no podría utilizarse una *contempt of court*. Sin embargo, la doctrina también señala que una *worldwide Mareva injunction*, sí que tendrá efecto extraterritorial sobre dos tipos de personas: 1) aquéllas a quienes va expresamente dirigida, que no podrán infringirla ni por sí ni por medio de otro; 2) aquellas personas sujetas a la jurisdicción inglesa, que han tenido noticia por escrito de la orden de Inglaterra, y que tienen el poder de evitar acciones u omisiones en el extranjero destinadas a infringir la orden. Esta última excepción va referida a aquellas empresas, en especial, entidades de crédito, con central en Inglaterra y filiales o sucursales en el extranjero, aunque la doctrina discute sobre el verdadero poder de una central para controlar en tan poco tiempo la conducta de sus filiales dispersas por todo el mundo.⁷⁶⁶

Los jueces ingleses, a pesar de todos estos obstáculos, no han dudado en dictar *worldwide Mareva injunctions* en apoyo de procesos ingleses, tanto antes (asunto *Derby v. Weldon*) como después (asunto *Babanaft v. Bassatne*) de que se hubiera dictado sentencia en el proceso.⁷⁶⁷

Igualmente, llegó a concederse una de estas medidas en apoyo de un proceso que se estaba sustanciando en el extranjero, en concreto en Francia, asunto *Republic of Haiti v. Duvalier*. Ahora bien, los propios jueces siguen reconociendo que se trata de una facultad extraordinaria y que sólo en muy contadas ocasiones se darán los

⁷⁶⁵ CAPPER, David, *Worldwide...op.cit.*, pags. 344 a 348.

⁷⁶⁶ COLLINS, Lawrence, *The territorial reach of Mareva injunctions*, *op.cit.*, pag. 285

⁷⁶⁷ GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares...op.cit.*, pag. 151.

presupuestos idóneos para la adopción de una *worldwide Mareva injunction*. La adopción de *worldwide Mareva injunction* está además sometida a más presupuestos. *Lord PARKER* los enumeró en la sentencia del asunto *Derby v. Weldon (1989 2 WLR 276)*, del siguiente modo: i) El solicitante ha de tener una pretensión que aparezca como fundada (a good arguable case); ii) ha de acreditar que la contraparte posee bienes en el extranjero; iii) ha de acreditar asimismo la existencia de un riesgo real de que ocultará o dispondrá de sus bienes de modo que la ejecución de la sentencia será ilusoria. Básicamente el presupuesto añadido es que el solicitante ha de acreditar que el demandado tiene bienes en el extranjero, y que los que posee en Inglaterra son insuficientes para asegurar la ejecución eventual de la condena. Precisamente por ello es difícil encontrar una *Mareva injunction* que tenga solamente efectos extraterritoriales, como regla, junto con la orden de no disponer de los bienes en el extranjero, se acompaña la de no disponer los que se encuentren en territorio inglés.

6.- Otras medidas del Derecho inglés

6.1.- La *Anton Piller Order*

Esta medida no puede ser considerada como cautelar, sino como una medida anticipatoria de pruebas; esto lo podemos encontrar en la *Sección 25 de la Civil Jurisdiction and Judgments Act 1982*. Este precepto permite a los tribunales ingleses otorgar tutela provisional o *grant interim relief*, en apoyo de procesos que se estén sustanciando o vaya a sustanciarse en el futuro. El apartado (7) de la Sección 25 especifica que debe entenderse por *interim relief* a cualquier tipo de tutela provisional que el tribunal pueda adoptar en cualesquiera procesos que se refieran a cuestiones sometidas a su jurisdicción, con exclusión de las medidas destinadas a la obtención de pruebas, o provisión *for obtaining evidence*. En este razonamiento las *Anton Piller Order* quedarían fuera de las medidas cautelares, en cambio las *Mareva injunctions* sí encajan perfectamente dentro de esta noción, puesto que tienen como finalidad evitar se ocasionen daños mientras dure el proceso y son instrumentales respecto del proceso principal, cuya efectividad tienden a asegurar. Otro tanto sucede con las *proprietary injunctions* (ex *RSC Rules of the Supreme Court, Ord. 29 r.2*). De la misma forma las *interim payment*, que estudiaremos más adelante, también deben quedar excluidas de ser

consideradas como medidas cautelares no sólo por su falta de conexión instrumental con un proceso principal, sino porque, además carecen de la finalidad de conjurar un *periculum in mora*.

Pese a lo señalado anteriormente, la analizaremos someramente. La *Anton Piller order* procede en caso de que el solicitante, o quien vaya a incoar una demanda, considere que el demandado, actual o futuro, está en posesión de documentos y otros medios de prueba que resultarán útiles o imprescindibles en el proceso y que se da el riesgo de que los oculte o destruya; entonces podrá solicitar del tribunal la adopción de una Anton Piller Order.

La *Anton Piller Order* es una *mandatory injunction* por la que se ordena al demandado, actual o futuro, que permita al actor y a su representante autorizado la entrada en sus oficinas o instalaciones, que tomen o hagan copias de documentos relevantes y otros objetos para ponerlos en custodia, y por la que asimismo se le ordena que informe al actor y a sus representantes acerca de la ubicación de los documentos o bienes buscados y que conteste a las preguntas que en la propia orden se formulen.⁷⁶⁸

Esta orden no autoriza al solicitante a entrar en las oficinas o establecimiento del afectado sin su consentimiento; es decir que la orden sólo autoriza entrar e inspeccionar el lugar con el permiso del afectado, puesto que de no dar su consentimiento se materializaría un allanamiento ilícito. El afectado, sin embargo, recibe la orden *in personam* de la Corte para que otorgue su permiso, en caso de no hacerlo así, el afectado recibe una orden de *contempt of court*. El juez puede suspender la notificación o publicación del proceso hasta después de que se lleve a cabo la inspección, con la finalidad de que el afectado no sustraiga u oculte los documentos que interesan al solicitante de la medida. Esta suspensión de la notificación no puede durar más allá de lo justamente necesario y no más de siete días, siempre con la finalidad de evitar que el afectado alerte a los terceros intermediarios de quienes obtienen los bienes que constituyen infracción a los derechos de autor.⁷⁶⁹

⁷⁶⁸ CAPPER, David, *Worldwide...op.cit.*, pags. 104; GEE, Steven, *Mareva Injunction...op.cit.*, pag. 190; O'MALLEY, Stephen y LAYTON, Alexander, *European Civil Practice*, Londres, 1989, pag. 157.

⁷⁶⁹ GARNET, Kevin, y otros, *Copinger an Skone James on Copyright... op.cit.* pags. 1039 y 1040.

6.2.- El *interim payment*

Como señalamos anteriormente las *interim payment* no pueden considerarse dentro de nuestro estudio como medidas cautelares, sin embargo la analizaremos brevemente, para que no quepa duda acerca de nuestra afirmación.

Las *rules 11 y12 de la Order 29 de las Rules of the Supreme Court* prevén una figura semejante a la *Leistungsverfügung* del Derecho alemán y al *référé-provision* francés, la llamada *order for interim payment*.⁷⁷⁰

El *interim payment* se puede acordar en caso de que se reclame una condena pecuniaria, y es posible en tres situaciones diferentes: 1) cuando el demandado admita su responsabilidad; 2) cuando el actor haya obtenido sentencia favorable en la que la cuantía de la suma a pagar no haya sido aún cuantificada; 3) cuando el tribunal esté convencido, en otras palabras “*the court is satisfied*”, de que el demandado sería condenado, de llegarse al término del proceso, al pago de al menos una parte sustancial de lo reclamado.

Su fundamento es el de que resulta injusto hacer esperar a un sujeto hasta que termine el proceso para recibir lo que claramente se le debe, sin que sea precisa la concurrencia de peligro o amenaza alguno.⁷⁷¹

Una vez acordado, el importe del *interim payment* debe ser abonado al actor, que puede acudir a la ejecución forzosa si es preciso. La concesión de un *interim payment* no impide la continuación del proceso, siendo posible, además, que en la sentencia se revoque la orden y se ordene devolver lo recibido, total o parcialmente. La vinculación del *interim payment* con el enjuiciamiento de la reclamación en cuanto al fondo parece en principio bastante fuerte, pues quien obtuvo un *interim payment* no puede abandonar la pretensión o el proceso sin la previa autorización del Tribunal, sin embargo la práctica parece ser bastante diferente, y la obtención de un pago provisional suele poner fin al proceso en la mayoría de casos prácticos.

⁷⁷⁰ ANDREWS, Neil, *Principles of civil procedure*, Londres, 1994, pags. 234 a 239; GUY, Richard & MERCER, Hugh, *Commercial Debt in Europe: Recovery and Remedies*, Londres, 1991, pags. 173 y 174.

⁷⁷¹ ANDREWS, Neil, *Principles of...op.cit.* pag. 234.

CAPÍTULO IV

MEDIDAS CAUTELARES PARA LOS DERECHOS DE AUTOR

I.- PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Los derechos de autor constituyen uno de esos sectores del Derecho Privado con características muy especiales, en el que los instrumentos de tutela previstos por el legislador con carácter general deben necesariamente adaptarse a las características de los derechos que se pretende proteger.

El que se establecieran técnicas adecuadas para potenciar la protección y efectividad de estos derechos, se debe fundamentalmente a dos razones especiales: el carácter intangible del objeto sobre el que recaen los derechos de autor, y la diversidad de facultades que integran el contenido de estos derechos. La naturaleza inmaterial del objeto protegido por los derechos de autor facilita que la usurpación de sus facultades pueda ser efectuada por una pluralidad de personas y muchas veces de manera simultánea. Los daños y perjuicios, de carácter personal o material, ocasionados por la utilización inconsentida de los derechos de autor, aparecerá en la mayoría de los casos agravado por la circunstancia de que la infracción se prolongará indefinidamente en el tiempo. Todo esto ha determinado que el ordenamiento jurídico tenga que proteger los derechos de autor mediante instrumentos de tutela que busquen no sólo la restitución de la titularidad del derecho a su autor, sino incluso extender la protección antes de la consumación de la infracción.⁷⁷²

⁷⁷² ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela*op.cit., pag. 31.

II.- JURISDICCIÓN DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

En principio debemos de establecer claramente, en qué casos y cuándo, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer de las pretensiones relativas a derechos de autor, y por ende tengan también jurisdicción para conocer las solicitudes de medidas cautelares que se solicitan para proteger estos derechos. Es decir, que determinaremos la extensión y límites de la jurisdicción en estos casos.

Como veremos a continuación, en caso de suscitarse conflictos entre españoles en el territorio español, obviamente son competentes para otorgar tutela judicial y cautelar los Tribunales españoles, pero la duda puede surgir cuando interviene dentro del conflicto algún elemento extranjero, por ello consideramos importante realizar este estudio desde un principio, y determinar de forma cabal la jurisdicción.

Dentro de la doctrina se ha puesto de relieve la existencia de tradicional diferencia terminológica entre los juristas de formación procesal y los internacional-privatistas, cuando aluden al fenómeno del volumen de supuestos con elemento extranjero que pueden llegar al conocimiento del conjunto de jueces y magistrados: mientras los primeros emplean el término “jurisdicción”, los segundos utilizan el de “competencia judicial internacional”.⁷⁷³ Al tratarse del estudio de Derecho procesal, y específicamente de la tutela cautelar, consideramos más acertado el término de “jurisdicción”, que coincide plenamente con lo dispuesto por la LOPJ.⁷⁷⁴

Los derechos de autor se han expandido a lo largo de todo el mundo, los podemos encontrar en todas partes, y en casi todas las cosas que vemos a diario. Las obras artísticas, llámense libros, películas, música, etc. provienen de autores dispersados por todo el planeta, con diferentes nacionalidades, y sus obras van traspasando fronteras, culturas e idiomas, con el objeto de ser comercializadas por todas partes; en este escenario, es evidente que en algún ocasión nos encontraremos con algún conflicto relacionado a los derechos de autor que contenga un elemento extranjero, por ello es

⁷⁷³ GONZÁLES GRANDA, Piedad, *Extensión y límites de la jurisdicción española Análisis sistemático del art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, Bosch, Barcelona, 1992, pag.15.

⁷⁷⁴ ALMAGRO NOSETE, José, CORTEZ DOMÍNGUEZ, Vicente, GIMENO SENDRA, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal...op.cit.*, pag.47; RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Tomo I, Bosch, Barcelona, 1986, pag. 112; GONZÁLES GRANDA, Piedad, *Extensión y límites...op.cit.*, pag. 26.

necesario determinar cuándo los Tribunales españoles gozan de jurisdicción, para conocer sobre estas pretensiones.

1.- Jurisdicción en conflictos de derechos de autor con elemento extranjero:

Interpuesta una demanda, cuya pretensión sea la protección de derechos de autor con algún elemento extranjero, los Tribunales españoles deberán realizar un estudio, examinando y determinando de oficio su jurisdicción, para ello el Juez deberá analizar en profundidad, todas las disposiciones aplicables del Reglamento de la Comunidad Europea número 44/2001 que se denomina: “La competencia judicial, el reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”; y cuando este reglamento no sea de aplicación, el Tribunal procederá a determinar su Jurisdicción de acuerdo con el régimen interno, establecido por la Ley Orgánica del Poder Judicial, artículos 21 y 22.

La regla general establecida en el artículo 2.1 del Reglamento (CE) 44/2001 es el domicilio del demandado, éste es el criterio determinante de aplicación por los Tribunales españoles, puesto que prescribe que si el demandado se encuentra domiciliado en uno de los Estados miembros de la Comunidad Europea, los Tribunales españoles tendrán Jurisdicción y se declararán competentes para conocer el proceso. Si el demandado tiene su domicilio en Estado no miembro, se aplicará lo establecido en el artículo 21 de LOPJ; el cual prescribe que cuando el conflicto se suscite en territorio español, sea entre extranjeros o entre españoles y extranjeros, los Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer la solicitud de tutela cautelar.

Esta regla general cuenta con dos grandes excepciones:

a) La jurisdicción exclusiva, que opera con independencia de la nacionalidad y del domicilio de las partes procesales.

b) La autonomía de la voluntad, que puede establecerse en virtud de la decisión de las partes. Ahora bien pueden darse dos casos: b.1) caso de Sumisión expresa, aunque sólo sea el demandante y no el demandado el domiciliado en un Estado

miembro de la Comunidad Europea, y b.2) caso de Sumisión tácita, aunque ninguna de las dos partes tengan su domicilio en uno de los Estados miembros.⁷⁷⁵

2.- Jurisdicción exclusiva para casos del Registro de Propiedad intelectual:

La jurisdicción exclusiva está determinada por el artículo 22 del Reglamento (CE) 44/2001, puesto que en caso de conflicto por la validez de inscripciones tendrán jurisdicción los Tribunales del lugar donde este situado el Registro Público de Propiedad intelectual, en que se solicitó la inscripción.

En el caso de España, los Tribunales españoles tendrán jurisdicción exclusiva para conocer pretensiones declarativas de la titularidad de los derechos de propiedad intelectual, siempre y cuando estas pretensiones se refieran a derechos de autor cuya inscripción fue solicitada en el Registro español de la Propiedad intelectual.⁷⁷⁶

Para el otorgamiento de la tutela judicial, y en consecuencia también de la tutela cautelar, el presupuesto de interés en accionar o necesidad de obtener una declaración judicial, está constituido por el acto emanado del Registro español de la Propiedad intelectual, denegando la inscripción de los derechos de autor.⁷⁷⁷

3.- Jurisdicción de los Tribunales españoles para pretensiones de origen contractual:

Los Tribunales españoles tienen jurisdicción exclusiva cuando se refieran a pretensiones relativas a derechos cuya inscripción se solicitó ante Registro español, la

⁷⁷⁵ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...op.cit.*, pags. 53 y 54.

⁷⁷⁶ CARRASCOSA GONZALES, Javier, *La propiedad intelectual en el derecho internacional Privado Español*, pag. 338; ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...op.cit.*, pag. 58.

⁷⁷⁷ ABARCA JUNCO, Iñigo, “Extensión y límites de la jurisdicción internacional de los juzgados y Tribunales españoles en el orden civil: la nueva Ley Orgánica del poder judicial y el convenio de Bruselas sobre jurisdicción en los órdenes civil y comercial”, *La Ley*, 1987, I, pág. 1110; y AMORES CONRADI, Miguel, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen XLI, 1989, pág. 127.

atribución de la jurisdicción para resolver otros litigios, que puedan plantearse respecto a estos derechos, deberá regirse por los fueros generales.⁷⁷⁸

Cuando se trate de pretensiones cuyo origen contractual es la celebración de un negocio de cesión de derechos de autor, y las partes incluyan en ese contrato una cláusula de sumisión a los Tribunales de determinado Estado, esta cláusula sólo será válida, si al menos una de las partes del litigio está domiciliada en uno de los Estados miembros de la Comunidad Europea, así lo establece el apartado primero del artículo 23 del Reglamento (CE) 44/2001.

3.1.- Atribución de jurisdicción a Tribunales españoles en pretensiones de origen contractual por comparecencia de las partes (sumisión tácita):

Cuando el actor presente la demanda ante el Tribunal español, y el demandado comparezca sin impugnar la jurisdicción, los Tribunales españoles tendrán jurisdicción aunque se hubiera acordado expresamente someterse a los Tribunales de determinado Estado, esto según lo dispuesto por el artículo 24 del Reglamento (CE) 44/2001.⁷⁷⁹

De acuerdo con el Reglamento (CE) 44/2001 si un autor no domiciliado en un Estado miembro demandara ante Tribunales españoles, a una compañía teatral no domiciliada en Estado miembro, y ésta se personara ante ese Tribunal contestando la demanda, los Tribunales españoles tienen jurisdicción, a pesar de no presentar ningún tipo de vinculación con el territorio español.⁷⁸⁰

Cuando el demandado está domiciliado en Estado miembro, y, emplazado por un Tribunal español, no compareciere, éste deberá declarar la falta de jurisdicción, si ésta no estuviera fundada en alguna de las disposiciones del Reglamento (CE) 44/2001, así

⁷⁷⁸ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...* op.cit., pag. 59.

⁷⁷⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal civil* con MASCARELL NAVARRO, M^a J., CÁMARA RUIZ, J. JUAN SÁNCHEZ, R., BONET NAVARRO, J., BELLIDO PENADÉS, R. , CUCARELLA GALIANA, L. MARÍN PASTOR, J., Aranzadi, Pamplona, 2002, pág. 217; DE LA OLIVA SANTOS, Andrés y DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Derecho procesal civil (El proceso de declaración)*, , Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 2000, pág. 68; CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, “Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, *BOE*, 1995. pág. 379.

⁷⁸⁰ CARRASCOSA GONZALES, Javier, *La propiedad ...* op.cit., pág. 85; ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...* op.cit., pag. 60.

lo establece claramente en el apartado primero del artículo 26. Si por el contrario el demandado no está domiciliado en un Estado miembro, habrá que estar al Derecho interno de cada Estado, y de acuerdo al ordenamiento procesal español, si el demandado emplazado no compareciere, el Tribunal deberá declarar que carece de jurisdicción cuando sólo pueda fundarse en la sumisión tácita de las partes, tal como lo prescribe el artículo 36.2.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.⁷⁸¹

3.2.- Determinación de la jurisdicción en virtud del fuero específico previsto para las acciones de base contractual:

Cuando la jurisdicción de los Tribunales españoles no se atribuya por medio de la autonomía de la voluntad de las partes, habrá que acudir a los fueros específicos establecidos por el Reglamento (CE) 44/2001. En materia contractual, el art. 5.1.a) de la norma internacional atribuye la jurisdicción a los Tribunales del “lugar en el que hubiere sido o debiere ser cumplida la obligación que sirviere de base a la demanda”⁷⁸², como es de suponer, el lugar del cumplimiento válido de la obligación se encuentra establecida en el contrato.

3.3.- La atribución de asuntos en virtud del fuero del domicilio del demandado

Cuando la jurisdicción de los Tribunales españoles no se pueda afirmar en base a las normas anteriormente señaladas, el Reglamento (CE) 44/2001 incluye como fuero subsidiario de atribución el del domicilio del demandado, según lo dispuesto por el artículo 2. Este caso es de frecuente aplicación, aunque ello no desvirtúa su condición de subsidiario.

⁷⁸¹ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Derecho Procesal civil...* pág. 219; MARÍN LÓPEZ, Antonio, *Derecho Internacional privado español*, tomo I Parte General, 1994, pag. 129; y FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO Sixto, *Curso de derecho internacional privado*, pags. 273 y sgts.

⁷⁸² ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...op.cit.*, pag. 61.

4.- Jurisdicción de los Tribunales españoles para conocer de pretensiones de origen extracontractual:

En esta categoría pueden quedar incluidas las pretensiones de:

a) Condena por violación de las facultades morales del autor, según lo establecido en el artículo 14 LPI.

b) Condena por usurpación absoluta, es decir sin autorización, de los derechos de explotación, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 17 y sgtes. LPI.

c) Sanción por una extralimitación en el ejercicio de derechos de explotación no expresamente autorizados por el autor, tal como lo prescribe el artículo 43 LPI.

4.1.- La atribución de jurisdicción a los Tribunales españoles en virtud de la sumisión tácita de las partes

Cuando la parte actora, es decir un autor, interponga demanda ante un Tribunal español, y el demandado, a quien se imputa la usurpación de los derechos de autor en un país extranjero, comparezca ante el Tribunal sin impugnar la jurisdicción, de acuerdo a lo dispuesto por el artículo 24 del Reglamento (CE) 44/2001, los Tribunales españoles deberán admitir su jurisdicción.⁷⁸³

4.2.- La jurisdicción en virtud del fuero específico previsto para las acciones extracontractuales:

El Reglamento de la CE 44/2001 establece como fuero específico, para las pretensiones en base a acciones extracontractuales, al Tribunal del lugar donde se hubiere producido o se pudiese producir el hecho dañoso, según lo dispuesto por el apartado tercero del artículo 5.⁷⁸⁴

⁷⁸³ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...*op.cit., pags. 64 y 65.

⁷⁸⁴ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...*op.cit., pag. 65.

4.3.- La jurisdicción de los Tribunales españoles en base al domicilio del demandado:

Como venimos señalando en reiteradas oportunidades, los Tribunales españoles deberán admitir su jurisdicción, cuando el demandado tenga su domicilio en España, según lo estipulado en el apartado primero del artículo 2 del Reglamento (CE) 44/2001, cualquiera sea la nacionalidad de la partes procesales, y a pesar de que el hecho ilícito se haya producido en un país extranjero.

5.- Jurisdicción de los Tribunales españoles establecida por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ):

Como señalábamos desde un inicio, en caso que el Reglamento de la Comunidad Europea, no sea de aplicación para las pretensiones fundadas en derechos de autor, se aplicarán entonces las disposiciones establecidas en la Ley Orgánica del Poder Judicial.

La doctrina viene entendiendo que los distintos fueros establecidos en la LOPJ, deben catalogarse como sigue: exclusivos (artículo 22.1), generales (artículo 22.2), subsidiarios (artículo 22.3 y 4) y especiales (artículo 22.5)⁷⁸⁵

Así de acuerdo a lo establecido en el apartado primero del artículo 22 de la LOPJ los Tribunales españoles tendrán jurisdicción exclusiva y excluyente para conocer pretensiones declarativas de derechos de autor interpuestas tras el acuerdo del registrador español contrario a la inscripción de estos derechos.

Los Tribunales españoles tendrán jurisdicción sobre pretensiones con elemento extranjero, si las partes se han sometido tácita o expresamente a los Tribunales españoles. El asunto es sometido a la jurisdicción española por voluntad de las partes, y por lo tanto el Tribunal asume jurisdicción para resolver el conflicto, tal como lo dispone expresamente el apartado segundo del artículo 22 LOPJ.

⁷⁸⁵ GONZÁLES GRANDA, Piedad, *Extensión y límites...* op.cit, pag. 204.

En materia contractual, de acuerdo al apartado tercero del artículo 22 LOPJ, los Tribunales españoles tendrán jurisdicción “cuando la obligación haya nacido o deba cumplirse en España”, ampliando de esta forma lo dispuesto por el Reglamento (CE) 44/2001, puesto que aquí se incluyen los contratos que se celebraron en España, además del lugar donde se debe cumplir con la obligación.

En materia extracontractual, el art. 22.3 LOPJ atribuye jurisdicción a los Tribunales españoles, cuando el hecho “haya ocurrido en territorio español o el autor del daño y la víctima tengan su residencia habitual común en España”; es necesario entonces que ambas partes, infractor y autor tengan residencia habitual en España.

6.- Jurisdicción Internacional de los Tribunales españoles para adoptar Medidas Cautelares respecto a derechos de autor con elemento extranjero:

Tal como lo señalamos en el capítulo II, la tutela cautelar por su carácter instrumental, está sometida a la misma jurisdicción que la tutela judicial principal. Es la regla general que las medidas cautelares referidas a derechos de autor, deberán determinarse de acuerdo a la jurisdicción prevista para el proceso principal, puesto que los fueros determinan su jurisdicción en relación con la materias, y no con base en las funciones jurisdiccionales. Si los Tribunales españoles tienen jurisdicción para conocer del proceso principal, podrán también adoptar medidas instrumentales de ese proceso principal.⁷⁸⁶

Pero la excepción a la regla general, la encontramos establecida en artículo 31 del Reglamento (CE) 44/2001, que atribuye jurisdicción para adoptar medidas cautelares a los Tribunales de un Estado miembro, en cuya soberanía se ha de cumplir y ejecutar la medida cautelar o provisional, con independencia de los Tribunales que tengan atribuida jurisdicción para pronunciarse sobre el proceso principal.⁷⁸⁷ Esto por razones de urgencia y de cumplir con la finalidad de efectividad de la tutela judicial, además de la protección especial que requieren los derechos de autor.

⁷⁸⁶ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...op.cit.*, pag. 69.

⁷⁸⁷ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...op.cit.*, pag. 70.

III.- LA COMPETENCIA GENÉRICA

La competencia genérica para conocer de las pretensiones fundadas en derechos de autor, corresponden de ordinario al conocimiento de los Tribunales del orden civil, por tratarse de derechos de naturaleza privada.⁷⁸⁸ Entre los Tribunales de orden civil, se han creado los Juzgados especializados en lo mercantil, de acuerdo con la Reforma de la LOPJ para la Reforma Concursal. Ésta dispone en el artículo 86 ter. 2.A ⁷⁸⁹ que los Juzgados de lo mercantil conocerán de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil respecto de las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a la propiedad intelectual, es decir derechos de autor; y dado que los juzgados de lo mercantil, conocerán del proceso principal referido a los derechos de autor, también son competentes para conocer las solicitudes de medida cautelar.⁷⁹⁰

La pretensión de reclamación de derechos de autor es una pretensión fundada en una norma de Derecho Privado, el pronunciamiento de fondo que deberá dictar el órgano jurisdiccional para resolver este tipo de pretensiones, dependerá exclusivamente de normas de Derecho Privado, específicamente la Ley de Propiedad Intelectual, razón por la cual la competencia genérica corresponde a los órganos jurisdiccionales de orden civil y de ninguna manera corresponden a los contencioso-administrativos. Así tenemos jurisprudencia que lo señala expresamente: SJPI de Aoiz de 18 de abril de 1991; SAP de Santa Cruz de Tenerife de 26 de junio de 1993; SSTS, Sala 3ª de 18 de septiembre de 1990, de 7 de junio de 1990, y de 3 de diciembre de 1990; SAP de Sevilla de 27 de julio de 1994 y STS, Sala 3ª de 17 de enero de 1997.⁷⁹¹

⁷⁸⁸ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...op.cit.*, pag. 72.

⁷⁸⁹ Artículo 86 ter introducido por el apartado 7 del artículo segundo de la L.O. 8/2003, de 9 de julio, para la Reforma Concursal, por la que se modifica la L.O. 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial («B.O.E.» 10 julio).

⁷⁹⁰ ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las medidas...op.cit.*, pags. 91 y 92; y MONTALVAN AVILÉS, Andrés, *Medidas...op.cit.*, pag. 292.

⁷⁹¹ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...op.cit.*, pags. 86 a 88.

IV.- MEDIDAS CAUTELARES REFERIDAS A LOS DERECHOS DE AUTOR

1.- Medidas cautelares en la Ley de Propiedad Intelectual y en la Ley de Enjuiciamiento Civil

El marco jurídico de la tutela cautelar protectora de los derechos de autor lo constituyen la Ley de Propiedad Intelectual y la Ley de Enjuiciamiento Civil. Habrá que aplicar y someterse a lo establecido en la LEC en todo lo no regulado específicamente por la LPI. Como sabemos se prefiere la norma específica sobre la genérica, y en el presente caso no existió una abrogación tácita de la LPI, y la abrogación específica se encontraba especialmente referida al proceso cautelar por aplicarse. A través de la LEC del año 2000, se estableció una regulación general del proceso cautelar; Puesto que se derogaron las reglas procesales del artículo 142 LPI, sin embargo continuaron subsistentes las medidas cautelares específicas establecidas en el art. 141. Esto responde principalmente a la naturaleza especial de los derechos de autor, otorgándoles una mayor protección dada su alta vulnerabilidad.⁷⁹²

Así la LEC será la norma a aplicar en lo relativo a competencia, características, requisitos y todo lo referido a la medida cautelar, como es la adopción, ejecución, modificación y alzamiento. En cuanto a las medidas cautelares específicas y concretas habrá que coordinar el artículo 141 de la LPI con las medidas equivalentes del art. 727 de la LEC.⁷⁹³

La LEC en el artículo 730.2 establece la posibilidad de solicitar las medidas cautelares con carácter previo a la iniciación del proceso, siempre que exista necesidad de protección urgente, lo cual se encuentra concordado con el artículo 141 de la LPI, requiriéndose siempre la concurrencia de los presupuestos legales exigidos: a) la apariencia de buen derecho, entendido como el juicio provisional e indiciario favorable al fundamento de su pretensión; y, b) el peligro en la demora, que son situaciones que

⁷⁹² CARRASCO PERERA, Ángel, Comentarios...op.cit. pag. 1707

⁷⁹³ MONTALVAN AVILÉS, Andrés, *Medidas...*op.cit., pag.272.

podrían impedir o dificultar la efectividad de la tutela que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria.⁷⁹⁴

Como señalábamos anteriormente, la solicitud de medidas cautelares antes de la demanda principal, exige alegar y acreditar razones de urgencia y necesidad, éstas han de conducir a la conclusión de que existe el riesgo de que las medidas sean ineficaces si se espera a la presentación de la demanda; el presupuesto por tanto es una especie de un *periculum in mora* específico o cualificado, consistente en el riesgo de ineficacia, no ya de la eventual sentencia estimatoria, sino de las medidas cautelares mismas. En este sentido y frente a las violaciones que comportan continuidad en el tiempo, el peligro en la demora lo constituye precisamente la persistencia de la actividad ilícita; infringiéndose los derechos de autor de forma continua en el tiempo.⁷⁹⁵

En la práctica, se ha comprobado que la admisión de las medidas cautelares previas al inicio del proceso, ha comportado posteriormente de manera frecuente, la no presentación de la demanda, ello se debe no a la consideración de que las cautelas actúan como un pronunciamiento provisional de duración ilimitada, pues carecen de efectos trascurridos 20 días sin presentar la demanda, sino como consecuencia de que la ejecución de la medida posteriormente origina una transacción entre las partes. En efecto, obtenida la protección cautelar, se ha observado por lo general, en las peticiones deducidas por la SGAE, que se evita el inicio de un proceso judicial posterior, y se logra que el afectado por la medida cumpla con satisfacer los correspondientes derechos remuneratorios. Aunque ello sea una desviación de la finalidad instrumental de las cautelas, ligadas al proceso principal, no significa que carezcan de naturaleza cautelar pues no existe tampoco un deber de interponer la demanda, y si con ello se evita un proceso, incluso con unas cautelas de escasa duración temporal, debe considerarse como un efecto beneficioso, que no impide su catalogación como verdaderas medidas cautelares.⁷⁹⁶

⁷⁹⁴ MONTALVAN AVILÉS, Andrés, *Medidas...* op.cit., pag.276.

⁷⁹⁵ MONTALVAN AVILÉS, Andrés, *Medidas...* op.cit., pag. 277.

⁷⁹⁶ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *Las medidas...* op.cit., pags. 81 y 82; y ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, G., *Revista General de Derecho* 1996, abril, “La tutela cautelar de la propiedad intelectual en el proceso civil”, pag. 3 763 y sgts. ; CALVO CABELLO, E., *Boletín de información del Ministerio de Justicia*, Nro. 1676, “Medidas cautelares en materia de Derechos Intelectuales: La modificación del artículo 127 LPI por la Ley 20/1992, de 7 de julio”, Madrid, 1993, pag. 3388; DE LA FUENTE YANES, José Luis, *Propiedad Intelectual: Aspectos Civiles y Penales*, Consejo General del Poder Judicial,

Como señalábamos anteriormente, las medidas cautelares referidas al derecho de autor las encontramos tanto en la LPI como en la LEC. La LPI establece una medida cautelar genérica, que podrá utilizarse cuando sea la más conveniente para proteger los derechos de autor, y además seis medidas cautelares específicas; mientras que la LEC además de una medida cautelar genérica, establece once medidas cautelares específicas, y dos entre ellas son especialmente dedicadas a la protección de los derechos de autor. Ahora analizaremos cada una de las medidas cautelares referidas a los derechos de autor, que se encuentran establecidas tanto en la ley especial, LPI, como en la general, LEC, es tarea de quien las solicita, el encuadrar su solicitud de cautela con la pretensión del proceso principal.

2.- Características de las Medidas Cautelares en la LPI

A. Constituye un sistema unitario, pues se aplica tanto al proceso civil como al penal (artículo 143). Sin embargo, el presente estudio es netamente civil. Dentro del proceso penal se mantienen como es obvio las disposiciones específicas sobre incautación y destino de las piezas de convicción.

B. Su finalidad es tanto asegurar la efectividad de la sentencia, como de proteger provisionalmente los derechos del solicitante, eliminando la continuidad de la conducta infractora.

C. La apariencia del buen derecho, es decir la infracción o temor de que vaya a producirse una lesión, exige un juicio provisional del juez sobre la titularidad del demandante y la falta de autorización del demandado.

D. El peligro en la demora está, y ésta es la principal especialidad, en la continuidad de la infracción en el tiempo.

E. Se establece un sistema abierto, permitiendo adoptar aquellas medidas necesarias para la protección urgente de los derechos de autor, es decir corrobora la

Cuadernos de Derecho Judicial, “La Protección cautelar de la propiedad intelectual: Cautela y proporcionalidad”, Madrid, 1995, pag. 285.

existencia de las denominadas medidas cautelares genéricas. Esta idea ha hecho que algunos Tribunales denegaran las medidas cuando ha pasado cierto tiempo entre el comienzo de la infracción y la solicitud. Esta regla se encuentra establecida en el artículo 728.1 párrafo 2º LEC.

Repárese que se exige que la situación de hecho sea consentida, lo que exige, ante todo, el conocimiento, y además, algún acto concluyente del que derivar el consentimiento. Ello hará que en la generalidad de los casos, no sea óbice a la adopción de medidas el simple transcurso del tiempo (en tal sentido, AAP Madrid, Sección 11ª, de 10 de abril del 2001 (JUR 2001, 191669).

F. En todo caso el procedimiento para la adopción de las medidas se rige por la LEC (arts. 730 a 747), remisión que se desprende de la derogación del artículo 142 LPI.⁷⁹⁷

3.- Presupuestos especiales para la adopción de Medidas Cautelares en la LPI

Para la adopción de medidas cautelares necesarias para la protección de los derechos de autor, se debe cumplir con los presupuestos generales establecidos para la concesión de cualquier otra medida cautelar, y además deberán sumarse los presupuestos específicos establecidos por la LPI. Esto se encuentra corroborado por jurisprudencia, Auto de la AP de La Coruña de 11 de mayo de 2006 (AC 2006, 800).

Si bien es cierto ya hemos estudiado los presupuestos para la concesión de la tutela cautelar, es necesario analizar los presupuestos especiales para la protección de los derechos de autor, puesto que es el objeto de nuestro estudio. La LPI establece en el artículo 141, dos presupuestos especiales: a) La determinación de la situación jurídica cautelable, y b) Peligro en la demora procesal.

⁷⁹⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...* op.cit. pag. 685.

3.1.- Situación jurídica cautelable

Esta situación se determina con acreditar fehacientemente la existencia de una infracción o del temor racional y fundado de que ésta vaya a producirse de modo inminente.⁷⁹⁸

La medida cautelar busca proteger cualquiera de los derechos de autor reconocidos en la Ley, siempre que estén siendo vulnerados con alguna forma de explotación ilícita. Asimismo deberá acreditarse la existencia de actos preparatorios que induzcan racionalmente a pensar en el comienzo de la actividad infractora.

La situación jurídica debe acreditarse, es decir que se debe justificar este presupuesto ante el órgano jurisdiccional, para que éste pueda formarse un juicio positivo en la eventual resolución que ampare la pretensión favorable al actor. El solicitante deberá presentar justificaciones documentales, pero en defecto de ellas podrá presentar otros medios útiles para formar el juicio indiciario y provisional a su favor.⁷⁹⁹

En el caso de la actividad infractora de “explotación de utilización” el actor podrá presentar cualquier tipo de documentos con los que se pueda acreditar la comisión de la infracción, como por ejemplo: fonogramas o videogramas empleados en actos de comunicación pública no autorizada, actas notariales que dejen constancia de la realización de la actividad ilícita, informes elaborados por profesionales de la investigación privada, o actas extendidas por representantes de entidades de gestión⁸⁰⁰; incluso en algunos casos muy especiales la declaración de testigos o el reconocimiento judicial.⁸⁰¹

⁷⁹⁸ SACRISTÁN REPRESA, G, “Protección jurisdiccional de los derechos de autor. La acción de cesación y las medidas cautelares. Problemática de la legitimación”, *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales*, CGDJ, Madrid, 1995, pag. 170.

⁷⁹⁹ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *Comentarios a la Nueva...op.cit.*, pag. 3297; ORTELLS RAMOS, Manuel, “Las medidas cautelares en la nueva...”...op.cit., pag. 16, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Derecho Procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2000, pag. 388.

⁸⁰⁰ SAP de Baleares Sección 3ª. de 25 de septiembre de 1997 (AC 1997/ 1937); AAP de Sevilla de 25 de septiembre de 1996 (AC Nro. 17 09-1997, 1 300)

⁸⁰¹ AAP de Barcelona de 22 de septiembre de 1997, RGD, 1997, pag. 5122.

3.2.- Peligro en la demora procesal

Las medidas cautelares establecidas específicamente en la LPI, responden a la necesidad de evitar que la continuación de la actividad infractora mientras dure el proceso principal convierta en inefectivo el contenido de la sentencia final.

El régimen cautelar de la LPI no es un sistema cautelar de infracciones temidas, sino un sistema cautelar de temidas sentencias que puedan no servir para nada. En consecuencia, y como repite continuamente la jurisprudencia civil, no hay *periculum in mora* cuando el daño producido por la tardanza puede ser convenientemente indemnizado en dinero. La tardanza como tal no se protege, sino la eventual insatisfacción del actor como consecuencia de la tardanza en producirse una sentencia favorable. Por eso creemos que la intención del legislador de la LPI es la de ampliar el sentido que el *periculum in mora* tiene en la legislación procesal general (dispuesta en el art. 726.1.1 LEC) Es decir que el juez puede decretar las medidas necesarias “para la protección urgente” de derechos. Es la “urgencia” de la protección requerida lo que cuenta, y debe agregarse además que la sentencia de condena pueda devenir inútil por efecto del tiempo, dado que la condena dineraria no resulte satisfactiva del derecho infringido o el infractor se halle en riesgo de no poder pagar la indemnización.⁸⁰²

Sabemos que existe una variedad de modalidades de infracción a los derechos de autor, es por ello que la LPI expresa el presupuesto del *periculum in mora* mediante un concepto jurídico indeterminado. En ese sentido cuando se materialice una situación jurídica que hace necesaria la adopción de una medida cautelar, el órgano jurisdiccional deberá decretar las cautelas que “según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección urgente de tales derechos”, con esta cláusula el legislador evita tipificar los casos específicos y las situaciones de peligro que podrán ser conjuradas con una medida cautelar. Entonces es tarea del actor el delimitar el peligro que existe de infracción, esta delimitación estará condicionada al tipo de explotación ilícita con la cual se vulnera el derecho de autor.

⁸⁰² CARRASCO PERERA, Ángel, Comentarios al art. 141 LPI, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Coordinador Rodrigo Bércovitz Rodríguez-Cano)* Tercera Edición, Tecnos, Madrid 2007, pag. 1709

Así podemos señalar algunos casos especiales, por ejemplo cuando la actividad de explotación es efímera o de corta duración, la medida cautelar buscará evitar que la sentencia resulte inefectiva, puesto que dicha actividad podría haberse consumado ya. Es precisamente por la naturaleza especial de los derechos de autor, que en algunas ocasiones los tribunales consideran que el requisito del *periculum in mora* está sobreentendido, por lo que la urgencia de la adopción de una medida cautelar para proteger la propiedad intelectual es evidente, así lo señalan la AP de Madrid en el AAP de 4 de junio de 2003, AC 2003/2065, y AAP de 21 de febrero de 2005, AC 2005/262.

Otro caso se daría cuando no se solicita el secuestro de ejemplares ilícitos, puesto que la sentencia final devendrá inefectiva, ya que todos estos ejemplares habrán sido distribuidos. Otro riesgo se materializa cuando la actividad infractora se prolonga y continúa en el tiempo durante la tramitación del proceso, por lo que la vigencia de la actividad ilícita ocasionará daños al autor para cuya reparación puede no ser idónea una condena indemnizatoria.⁸⁰³

El *periculum in mora* es un requisito indispensable para la adopción de la cautela, si se aprecia su ausencia, la medida cautelar será desestimada. Así tenemos que el juez rechazará una medida si ya se ha producido la infracción del derecho de autor, al considerar la desaparición del *periculum in mora*.⁸⁰⁴

3.3.- Legitimación activa y pasiva

La legitimación para solicitar tutela cautelar coincide con la que se requiere para obtener la tutela declarativa correspondiente. A este respecto, de las disposiciones de la LPI aparece una especialidad en esta materia que versa sobre la legitimación activa. La pasiva no ofrece peculiaridad alguna.⁸⁰⁵

Esta especialidad, en orden a la legitimación activa, estriba en que se reconoce no sólo al titular del derecho restringido, lo que constituye el supuesto de legitimación propia u originaria, que se encuentra establecido y definido en el artículo 10 de la LEC,

⁸⁰³ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La tutela judicial...op.cit.*, pags. 431 y 432.

⁸⁰⁴ Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, 24 de noviembre de 2004 (AC 2004, 2054)

⁸⁰⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...op.cit.*, pag. 680.

al señalar expresamente lo siguiente: “serán considerados partes legítimas quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso”; sino que además corresponde a las entidades gestoras, lo que en ciertos casos, además, se hace de manera obligatoria, excluyente de la posibilidad de actuar del titular del derecho infringido.

Dentro de los supuestos de legitimación necesaria y excluyente de las entidades gestoras, podemos señalar las siguientes: a) la reclamación de retribución por emisión por cable (art. 20, b y c LPI); b) la remuneración por copias privadas (art. 25.7 y 8 LPI); c) la pretensión derivada de la comunicación pública a favor de intérpretes y ejecutantes (108.4 LPI); d) pretensión de distribución en el mismo caso (109.3 LPI); e) la referida a la comunicación de fonogramas a favor de distribuidores (art. 116.3 LPI) o de comunicación de grabaciones a favor de los productores (122.3 LPI).

Pero aparte de éstos, se establece con carácter general la legitimación de estas entidades en el art. 150, reformado por la Ley 1/2000 como sigue: “Las entidades de gestión, una vez autorizadas, estarán legitimadas en los términos que resulten de sus propios estatutos, para ejercer los derechos confiados a su gestión y hacerlos valer en toda clase de procedimientos administrativos o judiciales. Para acreditar dicha legitimación, la entidad de gestión únicamente deberá aportar al inicio del proceso copia de sus estatutos y certificación acreditativa de su autorización administrativa. El demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente.”

Tal como lo establece la regulación contenida en los artículos 147 a 159 LPI, estas entidades de gestión son de tipo asociativo, sin ánimo de lucro, cuyo fin primordial es la gestión, en nombre propio (cesión) o ajeno (administración) de los derechos patrimoniales reconocidos en al LPI. Quedan por tanto excluidos de la gestión colectiva los derechos morales del autor.

Por otro lado, en el ámbito de los derechos patrimoniales, la entidad asume una “administración colectiva necesaria”, en los casos en que el derecho, por disposición de

la ley, únicamente puede ser hecho efectivo a través de una organización de gestión.⁸⁰⁶

Estas entidades surgen ante la imposibilidad de gestionar personal o individualmente todos los aspectos que los derechos de autor y conexos conllevan, de tal manera que, sus funciones y actividades se basan en razones de estricta eficacia, facilitando su protección jurisdiccional.⁸⁰⁷ Por ejemplo, respecto a los derechos de remuneración por copia privada, o en los de comunicación pública, es imposible pensar que cada autor por separado no puede detectar todos y cada uno de los actos que supongan una infracción a su derecho. Del mismo modo, y a la inversa, es imposible que las personas interesadas en esas actividades puedan conseguir la autorización o licencia de todos y cada uno de los autores, intérpretes, ejecutantes. Es la especial vulnerabilidad de los derechos de autor, sobre todo cuando se da una utilización masiva de los mismos lo que hace imprescindible la actuación a través de las entidades de gestión.⁸⁰⁸

Las entidades de gestión comprenden una pluralidad de personas (grupo de autores) como elemento subjetivo, y como elemento objetivo, bienes divisibles e idénticos (obras) entre los componentes del grupo. Las entidades de gestión protegen el interés del grupo.⁸⁰⁹

Para nuestro estudio, y desde el punto de vista procesal, los problemas que esta situación origina pueden resumirse en los siguientes: a) el título legitimador que se confiere a la entidad gestora, b) la forma de acreditar la referida legitimación y los supuestos que abarca, y, c) la concurrencia o exclusión de la legitimación propia del titular del derecho infringido.

Respecto al primer extremo, título legitimador, la solución es clara puesto que se trata de una legitimación “ex lege”, con fuente directa en la Ley, que tiene el carácter de

⁸⁰⁶ DELGADO PORRAS, Antonio, *Panorámica de la Protección Civil...* op.cit., pag 137.

⁸⁰⁷ BUJOSA VADELL, Lorezo Mateo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995, pag. 66.

⁸⁰⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...* op.cit., pag. 681.

⁸⁰⁹ BUJOSA VADELL, Lorezo Mateo, *La protección jurisdiccional...* op.cit., pag. 81, señala: “una definición aproximativa del concepto de interés de grupo, entendiéndose que tal interés se refiere a la relación por la que un grupo más o menos determinado de personas pretende la evitación de un perjuicio o la consecución de un beneficio en relación con un objeto no susceptible de apropiación exclusiva o en relación con diversos objetos susceptibles de apropiación exclusiva pero cualitativamente idénticos”.

legitimación por sustitución (ejercicio en nombre propio de los derechos ajenos), de carácter, además necesario.

Siendo esto así, el segundo problema viene resuelto: la entidad gestora no tiene que acreditar más que las condiciones que legitiman su actuación, esto es, la autorización administrativa y sus propios estatutos, al ser de éstos, de donde, deriva el tipo de derecho que está confiado a su gestión. Exigir la acreditación de la cesión o de la representación de todos y cada uno de los autores sería exigir un imposible, haciendo inútil e inoperante el sistema de gestión colectiva y el ejercicio del propio derecho.⁸¹⁰

El tema ha sido sin embargo polémico en la práctica ante los tribunales, por existir un sector minoritario que estimaba que el anterior artículo 135 no eximía de acreditar la representación. No obstante, la tesis correcta se ha impuesto a partir de las importantes Sentencias del Tribunal Supremo números 880 y 881/1999, ambas de 29 de octubre (RJ 1999, 8165 y 8167), y la reforma del artículo 150 de la LPI por la Ley 1/2000 dejando resuelta y zanjada dicha cuestión.

Ya se han visto los supuestos en que se confiere legitimación a las entidades gestoras. Interesa recalcar, sin embargo, la idea de que este sistema responde a la protección de intereses de grupo, caracterizados por que afectan a una pluralidad de personas unidas por un rasgo común, y que actúan en conjunto con el objetivo de evitar un perjuicio.⁸¹¹

La LEC ha previsto esta situación, ofreciendo una doble solución a la posibilidad de concurrencia al interponer la demanda, sin embargo no es de entera aplicación a las situaciones previstas en la LPI. En la LEC, para determinados casos, resumibles en derechos que no están perfectamente individualizados en cuanto a los titulares

⁸¹⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...* op.cit. pags. 681 y 682.

⁸¹¹ LOZANO HIGUERO-PINTO, Manuel, *La protección procesal de los intereses difusos*, García Blanco, Madrid, 1983, pags. 146 y sgtes., señala lo siguiente: “el interés colectivo (o de grupo), a diferencia del difuso, no expresa tanto un juicio de relación entre un grupo de sujetos y un determinado bien, sino principalmente, en su momento original y hasta tanto no se ha consolidado de forma participativa, se presenta como interés a un control sustancial sobre el contenido y desarrollo de ciertas posiciones económico-jurídicas aun cerradas a la participación. En cuanto a la subjetividad, el interés colectivo tienen un portador, como por ejemplo en las organizaciones o grupos profesionales, concreto y determinado, (mientras que) en los intereses difusos este sujeto exponencial carece de él, de modo concreto, o bien adolece de indeterminación, resultando, pues, característicamente difuso”.

individuales, la legitimación de la entidad es necesaria y excluyente, y es la entidad el sujeto procesal a todos los efectos, tanto para la fase de declaración como para la ejecución. Cuando se trate de un derecho individualizable por referencia a un titular o grupo perfectamente determinado de ellos, nada impide que la pretensión se ejercite o por éstos o por aquélla (art. 11.2 LEC), teniendo igual eficacia la acumulación. Respecto al demandado cobran real importancia las excepciones de litispendencia y cosa juzgada a fin de evitar un pago doble.⁸¹²

3.4.- Excepciones oponibles

El artículo 150 LPI en la forma que ha quedado redactado tras la Ley 1/2000, de manera algo confusa, parece acotar el ámbito del proceso, y con ello, también, parte del contenido de la oposición a la adopción de medidas cautelares, al decir que “el demandado sólo podrá fundar su oposición en la falta de representación de la actora, la autorización del titular del derecho exclusivo o el pago de la remuneración correspondiente”.

La redacción es confusa porque, en principio, parece que la oposición específica que se diseña se refiere estrictamente a la legitimación de la actora, como compensación a la relevación de prueba de la representación. Sin embargo la inclusión del pago, hecho material extintivo, parece aludir a una oposición de fondo. Ahora bien, si esto fuera así, es decir, si el demandado sólo pudiera oponer estas concretas causas, quedaría seriamente comprometido su derecho de defensa, hasta el punto de rozar la inconstitucionalidad.⁸¹³

El precepto, sin embargo, lo que quiere expresar es que éstas son las únicas causas de oposición específicas a la legitimación extraordinaria o colectiva que le confiere la Ley. Ello no es óbice para la defensa, que en cuanto al fondo será todo lo amplia que la relación jurídica requiera, pues estamos ante un proceso plenario y no sumario. Esto se encuentra claramente corroborado por una jurisprudencia reiterada.⁸¹⁴

⁸¹² GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...* op.cit. pags. 681 a 683.

⁸¹³ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...* op.cit. pag. 683.

⁸¹⁴ Correctamente entiende el precepto del art. 150 LPI la SAP de León, Sección 2ª, de 29 de noviembre de 1999, al decir que: “Estableciéndose por tanto una especie presunción legal favorable a considerar otorgada a dichas entidades de gestión la representación del colectivo de autores en el caso concreto,

V.- MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL

Con la finalidad de hacer más efectivos los instrumentos de protección para los derechos de autor, el legislador creó unas “medidas cautelares de protección urgente” establecidas en el artículo 141 LPI, cuyo procedimiento se regirá por lo establecido en la LEC.

Es necesario indicar que la Ley de Propiedad Intelectual, señala sólo en forma enunciativa y no taxativa, una serie de medidas cautelares. Estas medidas alcanzan no sólo contenidos asegurativos de índole meramente homogénea, como por ejemplo las medidas de intervención o depósito de los ingresos obtenidos con la actividad ilícita; sino que además tienen contenidos de otra naturaleza, es decir anticipatoria o conservativa, como es el caso de las medidas de suspensión de la actividad infractora o el secuestro de ejemplares ilícitos. Respecto a esta doble naturaleza podemos citar el auto de AP Almería, 13 de noviembre de 1995, que señala expresamente: “... Nos encontramos, por tanto, ante contenidos anticipatorios de las medidas que permiten ampliar sus contenidos más allá de los meramente aseguratorios en tanto lo requieran las circunstancias concretas para cada caso [...] la necesaria finalidad de que la actividad ilícita no siga produciendo sus efectos...”.⁸¹⁵

Esto obedece al carácter especial de los derechos de autor para cuya protección es necesario tener en cuenta las circunstancias de cada caso y la necesidad de impedir que continúe ejecutándose la actividad infractora, durante todo el tiempo que demore el proceso principal.

como única forma de hacer valer tales derechos realmente, y desplazándose la carga probatoria al demandado, ... en tales casos (éste) vendrá obligado a probar que ha pagado el canon correspondiente a los autores en cuestión, o bien que éstos han atribuido la gestión a otra entidad distinta de la reclamante”. Es decir, el pago al autor o a otra sociedad de gestión, incidiría en la falta de legitimación (de interés jurídico protegible) de la demandante. Del mismo modo, la SAP de Cantabria, Sección 2ª, de 2 de noviembre de 1999, describe la dinámica de la carga de la prueba en torno a la legitimación de la entidad de gestión, diciendo que “ante la presunción de legitimación de la SGAE para el ejercicio de las acciones de las características de la enjuiciada, la carga de la prueba de no tener la representación de los autores de las obras publicadas, recae sobre el demandado que en los presentes autos ninguna prueba ha propuesto a estos fines”.

⁸¹⁵ AAP Almería, 13 de noviembre de 1995 (RGD, 1996, pag. 14 118). En el mismo sentido el AAP Asturias –Secc. 1.ª – 5 de julio de 1995; Act. Civil 1996, pag. 13.

Las medidas cautelares urgentes y específicas establecidas en la Ley de Propiedad Intelectual son las siguientes:

1.- Medida cautelar genérica.

2.- La intervención y depósito de las cantidades obtenidas por la actividad ilícita o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración

3.- La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a los efectos de esta Ley, así como la prohibición de estas actividades si todavía no se han puesto en práctica

4.- El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública.

5.- El secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes referidos en los artículos 102.c y 160.2 y de los utilizados para la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos en el artículo 162.2.

6.- El embargo de los equipos, aparatos y soportes materiales a los que se refiere el artículo 25, que quedarán afectos al pago de la compensación reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios.

7.- La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico.

1.- Medida cautelar genérica (artículo 141 LPI)

La LPI es muy clara y enfática al establecer que el órgano jurisdiccional tiene la potestad de ordenar cualquier tipo de medida cautelar, que sea la más idónea para proteger los derechos de autor. Es decir que al inicio de este artículo el legislador establece la fórmula abierta, para que se pueda solicitar una medida cautelar genérica, distinta de las medidas específicas que procede a enumerar a continuación. Precisamente esto se encuentra reforzado con el carácter enunciativo y no taxativo de la Ley de Propiedad Intelectual, respecto a las medidas cautelares. Entonces es evidente que este artículo no contiene una fórmula cerrada de medidas cautelares especiales, sino que con buen criterio se deja la posibilidad de adoptar otras medidas cautelares, puesto que es imposible prever los derechos de autor que en el futuro necesitarán protección, más aún con todos los adelantos tecnológicos que vivimos en la actualidad.

Es evidente que para la adopción de una medida cautelar genérica, deben de cumplirse todos los requisitos necesarios para la adopción de cualquier medida cautelar, esto también lo contempla expresamente el artículo 141 LPI en estudio. Los requisitos señalados son: el pedido a instancia de los titulares de los derechos reconocidos en la ley, la existencia de infracción o temor racional y fundado de que ésta va a producirse de modo inminente, y la necesidad de protección urgente de tales derechos.

Aunque el precinto no parezca expresamente recogido en el art. 141 LPI, no olvidemos que las medidas previstas en la norma componen un catálogo ejemplificativo, pues la norma permite que se decreten las medidas cautelares “que, según las circunstancias, fuesen necesarias...”.⁸¹⁶ Las medidas cautelares anticipatorias e inhibitorias, en muchas ocasiones, deben adoptarse solamente con carácter subsidiario, pues como se ha señalado con indudable acierto, un simple precinto en no pocas ocasiones resulta ineficiente.⁸¹⁷

Dentro de estas medidas cautelares genéricas, se pueden dictar órdenes o actuaciones jurisdiccionales que conllevan una agresión directa, a veces irreversible, al patrimonio de los particulares. En ocasiones especiales y de urgencia, se adoptan esta

⁸¹⁶ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAZ MÁIZ, Vicente, *Daños y perjuicios...* op.cit., pag. 68

⁸¹⁷ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio, *Comentarios al Código Civil...* op.cit., pag. 708.

medidas antes del inicio del proceso incluso sin previa audiencia al afectado. Así podríamos citar como ejemplos: que a un fabricante se le paralice en todo o en parte su producción, que a una empresa comercializadora se le impida vender alguno o todos sus productos, que se prohíba a un profesional ejercer su actividad, que se cierre un establecimiento comercial, o que se paralice el tráfico de un aeropuerto, todos estos casos porque existe, o existirá, un proceso sobre la propiedad de los programas de ordenador que controlan sus vuelos.⁸¹⁸

Finalmente debemos señalar, que entre las medidas innominadas para garantizar una orden de suspensión pueden utilizarse constricciones similares a la *astreinte* francesa, consistente en la posibilidad de imponer una multa coercitiva por cada día que continúe la actividad infractora, este tipo especial de multa puede garantizar prohibiciones de hacer transfronterizas.⁸¹⁹

2.- La intervención y depósito de las cantidades obtenidas por la actividad ilícita o, en su caso, la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración (artículo 141.1. LPI)

Tanto en la medida de intervención y depósito de cantidades procedentes de actividad ilícita como en la referente a las cantidades reclamadas como remuneración de la propiedad intelectual, se aprecia su similitud con el embargo preventivo, aunque en todo caso, se trata de un embargo específico, no sólo por sus presupuestos, y, en particular por la situación jurídica cautelable, mucho más amplia en el embargo preventivo que en estas medidas, sino sobre todo, en la especificidad de la materia sobre la que estas medidas recaen, pues si en el embargo preventivo pueden ser afectados todos los bienes y derechos del que se afirma son deudor, en estas medidas específicas el embargo no puede recaer sino sobre cantidades con origen concreto o bien: a) en las derivadas precisa y únicamente de la actividad ilícita, cuya cesación o prohibición se pretende; o, b) las derivadas, también precisa y únicamente, de la explotación indebida

⁸¹⁸ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...* op.cit., pag. 683.

⁸¹⁹ CARRASCO PERERA, Ángel, Comentarios al art. 141 LPI, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Coordinador Rodrigo Bércovitz Rodríguez-Cano)* Tercera Edición, Tecnos, Madrid 2007, pag. 1711; FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...* op.cit. pag. 685.

de los derechos de autor, ajena y sin satisfacción de la remuneración pertinente. Ello hace que no sea infrecuente, y que desde luego sea posible, que estas medidas se soliciten junto con otras complementarias, si con ellas sólo no queda protegida la efectividad de la tutela pretendida por el demandante. El principio de proporcionalidad y el rasgo de la homogeneidad serán los límites a esa acumulación de pretensiones cautelares.⁸²⁰

Este apartado a su vez contiene dos medidas cautelares diferentes, pero en ambos casos se trata de medidas instrumentales cuya pretensión principal es la condena al pago de una compensación, derivada de la infracción de los derechos de autor. Ambas medidas tienen el objetivo de evitar los riesgos que pueden amenazar la ejecución forzosa de la condena pecuniaria, por las cantidades debidas al titular del derecho, pretendiendo contrarrestar el retraso necesario para que se expida la decisión final.⁸²¹

Ahora bien, debemos determinar qué naturaleza jurídica tienen ambas medidas cautelares. A primera vista la tarea se resume en determinar si estas medidas deben considerarse como medidas para futura ejecución forzosa o por el contrario como medidas anticipatorias.

El artículo 140 de la LPI establece una serie de pretensiones específicas referidas al derecho de explotación de los derechos de autor, que buscan obtener una indemnización de daños y perjuicios, y específicamente el numeral 2 de este artículo dispone que esta indemnización se fijará, a elección del perjudicado, de acuerdo a los siguientes criterios: a) la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita; o, b) la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. Es decir que la ley es muy específica y señala expresamente cuáles son las pretensiones que se solicitarán en el proceso.

Tenemos que hacer la advertencia de que no es necesario que la pretensión del proceso principal se encuentre establecida en la ley, ni mucho menos que ésta sea una

⁸²⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...* op.cit. pag. 710.

⁸²¹ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...* op.cit., pag. 445.

condición para que la medida cautelar sea considerada como anticipatoria; la característica que constituye como anticipatoria una cautela, es que se concede con ésta de forma anticipada, en todo o en parte, lo que se solicita o se solicitará en el proceso principal. A pesar de ello creemos conveniente resaltar el gran esfuerzo del legislador en establecer una norma tan específica respecto a las pretensiones, y de la misma forma se han establecido las medidas cautelares específicas en la LPI. Desde este punto de vista, podríamos decir que estas medidas cautelares son anticipatorias, puesto que coinciden a la perfección, logrando una homogeneidad con lo que se pretende. Pero si tomamos otro punto de referencia, es decir, si analizamos exclusivamente las medidas cautelares en sí, sin tomar en cuenta las acciones establecidas en la LPI, las medidas bajo estudio se encuentran regidas por dos sustantivos: “intervención” y “consignación”, y éstos determinan que nos referimos a una forma especial de embargo⁸²², y por lo tanto pertenecen a las medidas para asegurar la futura ejecución forzosa.

Esta última tesis es por la cual nos inclinamos, puesto que el presente estudio pretende reforzar la autonomía de la tutela cautelar, y tiene el objetivo de estudiar las medidas cautelares específicas de la LPI por sí mismas. Si bien es cierto guardan una relación con las pretensiones del proceso principal, esto no disminuye la autonomía de la tutela cautelar. Incluso se debe tener presente que, si las pretensiones de la LPI (art. 139) fueran abrogadas o modificadas, no afectarían de ninguna forma a estas medidas cautelares para futura ejecución forzosa, cuestión que no ocurriría, si nos inclináramos por la clasificación de medidas cautelares anticipatorias.

La ejecución de estas medidas cautelares afecta al dinero en efectivo obtenido por el infractor. Esta afectación en los ingresos pecuniarios, otorga la tranquilidad y confianza al peticionario, de que el infractor no ocultará o se desprenderá de este monto en dinero. Por lo tanto el solicitante de la medida cautelar, podrá esperar a que se declare su derecho en el proceso principal. Una vez concluido éste con sentencia estimatoria, se procederá a la ejecución judicial, con la entrega de las ganancias dejadas de percibir por la infracción a los derechos de autor. En sentido contrario a lo antes señalado, existen casos determinados en los que la solvencia y solidez económica del

⁸²² VALLS GOMBAU, José Francisco, *Medidas...op.cit.*, pag. 209; CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (director A. Bercovitz), “Comentarios a los artículos 123 a 126 LPI”...op.cit., pag. 1703. y ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, “La tutela cautelar de la propiedad intelectual en el proceso civil” *Revista General de Derecho*, abril de 1996, pag. 3773.

demandado elimina el temor del actor de que su pretensión no será solventada al final del proceso principal, por lo que se desestimarán las medidas cautelares solicitadas.⁸²³ Esto se encuentra íntimamente relacionado con la inexistencia del presupuesto *periculum in mora*, siempre y cuando nos referimos a la pretensión de obtener las ganancias dejadas de percibir; por el contrario si nos referimos a la pretensión de cese o prohibición, en la mayoría de casos, una compensación monetaria no protegería los derechos de autor lesionados.

Debe tenerse presente que las cantidades consignadas o depositadas pueden no agotar el contenido de la eventual de la sentencia condenatoria. En términos generales, estas cantidades dejadas de percibir por el autor, constituyen un lucro cesante. La sentencia que acoja esta pretensión deberá condenar al pago de un lucro cesante por la actividad ilícita, la misma que se encuentra garantizada por las medidas cautelares que nos ocupan; pero además en el proceso principal podría haberse acumulado una pretensión de indemnización del daño emergente que se hubiere ocasionado con la infracción, concepto este último que no quedaría cubierto en todo caso por estas medidas cautelares, por lo que habría que acumular otras medidas cautelares.⁸²⁴

Dicho esto, es necesario hacer una distinción entre las medidas cautelares que sirven para proteger los derechos patrimoniales del autor y las que se utilizan para proteger los derechos morales del autor. El lucro cesante se ocasiona cuando la actividad ilícita infringe directamente los derechos patrimoniales del autor, y es la naturaleza patrimonial de estos derechos, la que encuentra una protección idónea en las medidas cautelares para futura ejecución forzosa, puesto que una adjudicación en pago, supondrá la reparación efectiva del lucro cesante dejado de percibir; pero por otro lado, tenemos que la actividad infractora podría producir un daño emergente sobre los derechos morales del autor. Precisamente la naturaleza no patrimonial de estos derechos, hace que las medidas para futura ejecución forzosa, en muchas ocasiones no sean las más idóneas para proteger los derechos morales del autor, como lo señalamos anteriormente,

⁸²³ AAP Barcelona 20 Dic. 1989, RGD 1990, pag. 4889 “En el presente caso han de valorarse las siguientes circunstancias: a) La entidad demandada TV-3 es un servicio público, de titularidad pública, de plena solvencia, hecho que reconoce la propia parte actora; b) La adopción de la medida cautelar solicitada, supone un grave perjuicio general para toda la comunidad, c) No se aprecia la existencia de un perjuicio real para la sociedad demandante del hecho de que TV-3 continúe utilizando las obras musicales, porque partiendo de la solvencia de la demandada, si la actora ve reconocidos los derechos que reclama, podrá obtener la adecuada compensación económica en la sentencia.”

⁸²⁴ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...op.cit.*, pag. 447.

¿de qué le sirve a un autor una indemnización pecuniaria, si su deseo era mantener en reserva su obra y no publicarla?, o si deseaba publicarla, ¿acaso una reparación monetaria repara una publicación ilícita incompleta, mutilada, distorsionada, de muy baja calidad ?, o cuando se publica en una calidad inferior a la deseada por el autor, o si es publicada en un momento inoportuno según el criterio del autor. Consideramos que los derechos morales del autor, encuentran protección en otra clase de medidas cautelares, cuyo objetivo es evitar se consume la infracción antes de que éste suceda.

Un ejemplo de este tipo especial de medida cautelar se materializó cuando la Sociedad General de Autores y Editores (SGAE) solicitó frente a un establecimiento de hostelería, en cuyos locales se ejecutan actos de comunicación pública de obras musicales a través de aparatos de reproducción mecánica y por medio de ejecuciones en vivo (conciertos), la suspensión provisional de la actividad de explotar obras musicales (art. 141.2 LPI) así como la consignación o el depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración (art. 141.1 LPI). Como vemos la medida cautelar de consignación y depósito se encuentra acumulada a la medida cautelar de suspensión (que estudiaremos a profundidad más adelante), puesto que ambas se complementan para otorgar una protección plena a los derechos de autor. El Juzgado de Primera Instancia núm. 56 de Madrid estimó la solicitud de medidas cautelares decretando la suspensión provisional de la actividad de comunicar públicamente obras musicales, además del precinto de los aparatos empleados en tales actos de comunicación, y el depósito de las cantidades adeudadas, todo ello por Auto de 15 de junio de 1998. Posteriormente con fecha 26 de junio de 2000, la Audiencia Provincial de Madrid, confirmó la adopción de ambas medidas cautelares.

Ahora bien, debemos distinguir y diferenciar las dos medidas cautelares contenidas en este numeral 1 del artículo 141 LPI, por lo que se aconseja delimitar claramente las dos situaciones jurídicas sobre las que se proyecta cada una de ellas:

2.1.- La intervención y depósito de las cantidades obtenidas por la actividad ilícita

El antecedente de esta medida cautelar lo encontramos en la Ley anterior de 1879, en donde se encontraba contemplada aunque referida al producto de las entradas

de obras dramáticas y musicales. Esta medida cautelar resultará adecuada para aquellas modalidades de explotación cuyos ingresos constituyen la base para calcular las cantidades correspondientes a los titulares del derecho de autor.

Esta medida cautelar comprende algunos requisitos especiales que analizaremos a continuación. En principio, no basta con la constatación inicial, preliminar e indiciaria de una actividad ilícita imputable al demandado, puesto que el radio de acción sería muy amplio, pues siempre en toda demanda se afirma la ilicitud de la conducta del demandado. Es necesario que la situación jurídica cautelable, a la que responde esta medida, esté referida a una pretensión de prohibición o cesación de la conducta de la que procedan las cantidades a intervenir; esto concordado con lo establecido en el artículo 727.8º LEC.

En principio, esto significa que deberá existir una relación directa e inmediata entre la concreta actividad ilícita que se imputa y las cantidades sobre las que recae la medida cautelar. En segundo lugar, será preciso que el demandante afirme, y acredite el nivel de verosimilitud que la comprobación del *fumus boni iuris* requiere, que posee un derecho de exclusiva que hace precisamente ilícita la conducta del demandado, y que mediante esta conducta imputada, desconozca esa exclusividad. Y finalmente, que se pretenda en la demanda la prohibición o cesación de dicha actividad; actividad que se entiende subsistente, y que continua durante el transcurso del proceso, pues de lo contrario sería inútil la intervención y el depósito de algo que deja de producir ingresos a favor del infractor.

Como sabemos, el *fumus boni iuris* comprende tanto la demostración, indiciaria y verosímil, de la pertenencia al demandante del derecho que se afirma violado, y, por otro, la ilicitud de la actividad que se imputa al infractor. La ilicitud aquí se ha de entender en sentido amplio, es decir que el demandante no tenga la obligación de soportar o padecer esa actividad, sin necesidad de comprobar ulteriores requisitos, dado el carácter real y objetivo de la pretensión, ni en particular si el infractor obró con dolo o culpa o si entre demandante y demandado existe o no contrato u otra relación jurídica, sin perjuicio que, de existir tal contrato o relación, deba ser examinado para constatar si la conducta que se imputa al infractor está o no cubierta por las previsiones del

mismo.⁸²⁵

La conexión que el artículo 727.8º LEC efectúa entre la intervención, como medida cautelar, y la cesación o prohibición que ha de pretenderse en la demanda, parece, en cierto modo y a simple vista, incoherente, pues aparentemente se liga una medida de carácter estrictamente pecuniario a una pretensión de condena a una obligación de no hacer, de manera que pareciera que se rompería la homogeneidad. Sin embargo no existe tal incoherencia, si se tiene en cuenta el precedente inmediato, contenido en la LPI, en la que esta medida cautelar está al servicio de una doble pretensión: a) la pretensión de cesación, y b) la indemnización de daños y perjuicios ocasionados (artículo 138 LPI), comprendiendo la indemnización, a opción del perjudicado, en el beneficio que hubiere obtenido de no mediar la utilización ilícita o en la remuneración que hubiera percibido de haber autorizado la explotación (artículo 140 LPI). Esta indemnización en cualquier caso, y dada la salvedad que el artículo 138 efectúa respecto a cualquier otra pretensión que corresponda al titular de los derechos de autor, puede comprender todo lo que hubiera producido la actividad infractora; puesto que el principio general es impedir a uno enriquecerse injustamente a costa de otro. Como expusimos antes será la pretensión de enriquecimiento injusto la que cubra esta posibilidad.⁸²⁶

Por lo tanto, para que proceda la medida específica de intervención de cantidades de origen ilícito, se requiere que el demandante accione para reclamarlas, además de solicitar la cesación de esa actividad, pues si no pretende la cesación o prohibición, cambiaría el derecho alegable, que no sería el de recuperar los beneficios de esa actividad, sino el de remuneración, en cuanto esa permisividad, demostrada por no intentar de impedir, pudiendo hacerlo, la continuación de la acción ilícita, debería ser entendida como consentimiento del titular del derecho a que la conducta o actividad continúe.

Esta es la diferencia fundamental entre estas dos medidas cautelares contenidas en este mismo numeral 1 del artículo 141 LPI, puesto que la intervención de las cantidades deberá estar acompañada a la pretensión de cesación de la actividad

⁸²⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...op.cit.*, pag. 711.

⁸²⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...op.cit.*, pags. 711 y 712.

infractora, es decir que el deseo del peticionante es el cese de dicha actividad; mientras que la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración, no solicitan el cese de la actividad sino solamente el pago de los derechos de autor dejados de percibir, y que podrán continuar percibiéndose.

Así pues, por estricta imposición del carácter de homogeneidad, deberá solicitarse en la demanda la indemnización, con fundamento en el enriquecimiento injusto, correspondiente; de lo contrario, esto es, si sólo se insta la cesación, no procedería esta medida, en cuanto dejaría de ser “conducente a hacer posible la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en una eventual sentencia estimatoria” (art. 726.1 LEC).

Esta medida cautelar consiste en la intervención y depósito de las cantidades referidas. El uso de la conjunción copulativa infiere con toda claridad que no cabe, alternativa o disyuntivamente, sólo la intervención o sólo el depósito. Conservando dichas cantidades hasta que se expida la sentencia condenatoria.

Parece, pues, que lo primero que ha de hacerse, cuando se conceda la medida, es constituir la intervención, conforme a las normas de la LEC que regulan la intervención o administración judicial, establecidos en los artículos 630 y sgtes, que a su vez se remiten al artículo 738.2 párrafo segundo de la LEC. Ahora bien, como especialidad, cabe señalar que la intervención, por su propio concepto y naturaleza, no significa ni implica la sustitución de los poderes de gestión y disposición que corresponden al demandado en el ámbito de la actividad de que se trate, sino sólo la limitación de esas facultades, a través del control que el interventor ejerce, a fin de asegurarse que la conducta del demandado no perjudique la capacidad fructífera de esa actividad y asimismo asegurarse que las cantidades que produce no se pierdan, sino que se depositen mientras transcurre el proceso principal.⁸²⁷

El depósito de estas ganancias deberá realizarse mediante la consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado que ordenó la medida cautelar, donde quedará custodiado hasta que se expida la resolución definitiva del proceso. El

⁸²⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...* op.cit. pags. 712 y 713.

carácter pecuniario de la medida permitirá, por lo general, y salvo que afecte al derecho moral del autor, el alzamiento mediante la prestación sustitutoria.

Cabe preguntarse si lo que ha de intervenir y depositarse es el producto bruto que genere la actividad en cuestión o el beneficio neto de la misma; puesto que no lo especifica ni la LEC, ni LPI. Incluso tanto la LEC como la LPI, sólo hablan de “ingresos” pero ese concepto, por sí solo, no puede hacer inclinarse la balanza a favor de una u otra tesis, pues tanto puede significar lo que se obtiene de los terceros que pagan la remuneración de la actividad, como lo que el que la realiza incorpora, y por ello ingresa, de manera efectiva en su patrimonio. La cuestión es dudosa, pues en pro de la primera alternativa se puede aducir que el infractor no debe oponer al titular del derecho afectado las inversiones que deba realizar por realizar una actividad ilícita o antijurídica; mientras que a favor de la tesis que ciñe el ingreso al producto neto, se puede argüir, en primer término, que la finalidad de la medida, al igual que el comiso penal, es impedir que el demandado se beneficie, incorporando las ganancias a su patrimonio, ganancias que sólo pueden ser las netas, y asimismo que ese beneficio, que siempre será neto, vaya a parar a manos del titular del derecho violado, y en segundo término, que la remisión al artículo 630 LEC, indica igualmente que la medida afecta únicamente al beneficio neto, en cuanto la intervención sólo tiene sentido cuando se embargan “frutos y rentas”, y siempre, para la obtención de frutos, se han de descontar los gastos invertidos en su producción (art. 365 del CC). Por lo demás, si la pretensión se funda en el enriquecimiento injusto, sólo el beneficio, que es con lo que el infractor se enriquece, puede ser la medida cuantitativa de la pretensión. A esta idea responde, especialmente, el artículo 139.3 LPI, al prever como contenido complementario de la pretensión de cesación “la entrega de los referidos ejemplares y material a precio de coste y a cuenta de su correspondiente indemnización de daños y perjuicios”.⁸²⁸

2.2.- La consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración de los derechos de autor.

Esta medida cautelar contiene una clara especificidad de la situación cautelable, y no cabe generalización alguna, puesto que la medida permanece estrictamente en el

⁸²⁸ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...* op.cit., pag. 713.

ámbito de los derechos de autor, y dentro de éstos al derecho concreto de la remuneración.

En principio, esta medida cabe ante la vulneración de los variados supuestos, en que la LPI, reconoce el derecho a la remuneración, como son los artículos 25, 33, 36, 46, 52, 64, 76, 78, 90, 108, 109, 116, 122; aunque el supuesto más frecuente en la práctica es el referente a la comunicación pública de obras por medios sonoros y/o visuales.⁸²⁹

En este caso, la medida no se liga al ejercicio de una pretensión de cesación o de prohibición, sino únicamente a la reclamación de la remuneración debida por los derechos de autor, dejada de percibir. Esta es la diferencia fundamental con la otra medida cautelar establecida en el numeral 1 del artículo 141 LPI, tal como lo señalamos anteriormente.

Deberá tenerse presente que existe en determinados casos una legitimación necesaria y excluyente, establecida por la norma a favor de las entidades de gestión, que estudiamos anteriormente.

La ejecución de la medida podrá implicar la constitución de, al menos, una intervención judicial para controlar el devengo de la remuneración y su depósito a las resultas del proceso. Así lo podemos corroborar con reiterada jurisprudencia.⁸³⁰

⁸²⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...* op.cit., pag. 714.

⁸³⁰ AAP Barcelona de 14 de octubre 1998, dispone lo siguiente: “Deben examinarse separadamente las medidas solicitadas en los apartados b) y c). La del apartado b) está especialmente prevista en el artículo 136.1 de la LPI, cuando se refiere a la intervención y el depósito de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita de que se trate.

En el caso de autos, de la documentación aportada se desprende, en principio, y con el grado de certeza requerido en esta fase procesal, la concurrencia de los requisitos necesarios para la adopción de la medida:

- 1) Legitimación activa de la demandante: titularidad del derecho de propiedad intelectual en la actora, con carácter exclusivo adquirida a título derivativo del autor Sr. D.
- 2) Legitimación pasiva del ademandada “Ramón SA” como usurpadora del derecho de propiedad intelectual, a la vista de la documentación aportada a los autos especialmente la vertiente gráfica de las certificaciones de la OMPI y de la Oficina Española de Patentes y Marcas unidas a la demanda.
- 3) Instrumentalidad de la medida: encaminada a asegurar la efectividad de una sentencia que condene a indemnizar, ya que se ejercita en la demanda la acción del artículo 135 de la LPI.

Por lo expuesto, se considera procedente estimar el recurso en cuanto a la medida de intervención de los ingresos obtenidos por la actividad ilícita. Para responder de los daños y perjuicios que pudieran ocasionar las medidas (art. 137.5º), se considera procedente fijar una fianza de 500 000 pesetas a prestar por la parte demandante”.

Además, junto con esta medida puede concurrir una de embargo de los equipos, aparato y materiales aptos para la reproducción, si ese embargo no supone privación de la posesión en manos del infractor.

Al igual que la anterior, el carácter pecuniario de esta medida cautelar permitirá, por regla general, su alzamiento mediante prestación de caución sustitutoria.⁸³¹

Esta medida pretende al aseguramiento de obligaciones de remuneración, en los diversos casos en que la ley reconoce al titular del derecho una pretensión remuneratoria por la explotación llevada a cabo por tercero, o en aquellos casos en que esta remuneración es debida por contrato. En estos casos el obligado al pago puede ser quien de cualquier manera contrató con el acreedor de la remuneración, o un tercero que realice determinadas actividades, aunque no sea propiamente una actividad de explotación, según el art. 25, especialmente el párrafo 4 a).

No es posible, sin embargo, una medida de este tipo para asegurar la efectividad de una “remuneración equitativa” en el sentido del art. 47 LPI, ya que el pronunciamiento sobre el fondo parece condición indispensable de este derecho. En cambio, nada se opone a que la medida prevista en este párrafo se utilice para asegurar la efectividad de una sentencia condenatoria a los daños resultantes de una resolución contractual, aunque propiamente, ni sea “remuneración”, ni el incumplimiento fuera una “infracción” de derechos reservados. No es preciso que se trate de una cantidad líquida, las indemnizatorias nunca lo son.⁸³² Por su parte, la Fiscalía General del Estado (Circular sin fecha 2/1989 de la Fiscalía General del Estado. Suplemento del Boletín de información del Ministerio de Justicia RJ N°. 724), ha dicho que se trata de un secuestro de segundo grado o impropio, al poder no tener contenido real sino simplemente obligacional, es decir “las remuneraciones debidas”.⁸³³

La remuneración correspondiente a los titulares de derechos de propiedad intelectual, por la explotación de sus respectivas creaciones, debe ser en principio

⁸³¹ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...* op.cit., pag. 715.

⁸³² CARRASCO PERERA, Ángel, Comentarios al art. 141 LPI, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Coordinador Rodrigo Bércovitz Rodríguez-Cano)* Tercera Edición, Tecnos, Madrid 2007, pag. 1710.

⁸³³ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAZ MÁIZ, Vicente, *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual (por una nueva regulación)*, Trama editorial, Madrid, 2006, pag.65.

proporcional a los ingresos obtenidos por la explotación de que se trate, y sólo cuando ese criterio de proporcionalidad no pueda ser aplicado, cabrá acudir a una remuneración a tanto alzado o, en el caso de derechos administrados por las entidades de gestión, a la remuneración correspondiente de acuerdo con las tarifas generales aprobadas por la propia entidad; así lo establece el artículo 46.1 de la LPI, en concordancia con el artículo 2 de la misma ley. Los ingresos que se obtienen de las actividades ilícitas, además de los depósitos y consignaciones, deberán ser ingresadas en las cuentas dispuestas por el R. D. 467/2006, de 21 de abril, complementado con la O. de 30 de mayo de 1988 (BOE de 10 de junio); que regulan los depósitos y consignaciones judiciales en metálico, de efectos o valores.

3.- La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a los efectos de esta Ley, así como la prohibición de estas actividades si todavía no se han puesto en práctica (artículo 141.2 LPI)

El objeto de esta medida cautelar es asegurar la efectividad de una sentencia que condena la sujeto pasivo a una omisión. La actividad infractora que busca suspender la medida puede producirse dentro de una relación contractual como extracontractual.

Esta medida cautelar, unida a la de secuestro de ejemplares y materiales supone adelantar los efectos de la condena de cese de la actividad ilícita que comprenda la suspensión de la explotación infractora y la prohibición de reanudarla, restituyendo el derecho del agredido por medio de una eliminación de todo aquello en que se haya exteriorizado la agresión.⁸³⁴ Así existe jurisprudencia que se inclina por considerarlas tutelas provisionales, en cuanto tienden a proteger de forma anticipada los derechos infringidos: “Las medidas previstas en el mencionado art. 141.2 LPI, no tienden, como ya ha dicho esta Audiencia en anterior ocasión, a asegurar la ejecución de un fallo posterior, sino que vienen a proteger de forma anticipada los derechos infringidos, habida cuenta de la naturaleza de los mismos, siempre que se demuestre la infracción o

⁸³⁴ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAZ MÁIZ, Vicente, *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual (por una nueva regulación)*, Trama editorial, Madrid, 2006, pag. 66; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio, *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, t. V, 4º B (dir. por Albaladejo y Díaz Alabart) Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995, pag. 707.

el temor racional a de que vaya a producirse de modo inminente, sin que sea necesario que se dé el peligro de la demora respecto a la futura ejecución al constatarse un hecho objetivo inicial de infracción.”⁸³⁵

Esta medida cautelar al igual que la anterior, comprende dos medidas al mismo tiempo, la primera pretende la suspensión de actividad infractora, y la segunda busca la prohibición de iniciar una actividad infractora puesto que ésta no se ha llevado a cabo aún.

Ambas medidas cautelares se utilizan para garantizar y proteger la pretensión principal de cese de la actividad ilícita. Otra utilidad de estas medida es evitar que el daño temido llegue a consumarse, por lo que en jurisprudencia se las denomina “Medidas cautelares preventivas” así por ejemplo el Auto del Juzgado en lo Mercantil de 18 de mayo 2005 señala lo siguiente: “la tutela cautelar en propiedad intelectual se admite con carácter previo, pues de lo contrario se fomentaría una inadmisibles práctica que reconocería la posibilidad de utilización ilícita de un derecho ajeno sometida a una ulterior y eventual reclamación indemnizatoria, cuando se constate el daño efectivamente cometido. La finalidad de la ley es evitar el daño, no repararlo una vez producido”.⁸³⁶ Es por ello, que esta medida es de gran importancia. Y, en consecuencia, si se quiere que resulte verdaderamente eficaz, no debe ser suplida nunca por un afianzamiento de eventuales responsabilidades pecuniarias, pues ello sólo puede desembocar en que el daño o perjuicio acabe siendo realmente irreparable.⁸³⁷

Esta cautela se puede comparar con la denominada *vorbeugende Unterlassungsklage*, del derecho alemán, que constituye una orden preventiva de suspensión, que adelanta los resultados de una sentencia de condena de cesación. La suspensión se puede realizar entonces mediante el cierre de instalaciones o precinto de aparatos, o el propio secuestro a que se refiere también el artículo 141 LPI; cabe además un secuestro general en los bienes del infractor conforme a lo dispuesto en la LEC.

⁸³⁵ SAP Barcelona 24 Jul. 1990, RGD 1990 pag. 1785; AAP Barcelona 20 Dic. 1989 RGD 1990 pag. 4889; AAP Barcelona 27 Sep. 1989 RGD 1990, pag. 1727.

⁸³⁶ Auto del Juzgado en lo Mercantil núm. 1 de Vizcaya de 18 de mayo 2005 (AC 2005, 15401); asimismo leer RODRÍGUEZ TAPIA, José, Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido Real Decreto Legislativo 1/1996. de 12 de abril, Director: José Miguel Rodríguez Tapia, Thomson Civitas, Pamplona, 2007, pag. 820.

⁸³⁷ CASTÁN PEREZ-GÓMEZ, Anotio, *Comentarios...* op. cit., pag. 707

Asimismo se puede comparar con las *astreintes* francesas, puesto que supondría la imposición de una multa por unidad de tiempo de retraso en obedecer la suspensión.⁸³⁸ Una orden de suspensión cautelar no puede contener la destrucción de bienes, puesto que de dictarse una sentencia desestimatoria de la demanda judicial, ésta sería *inutiliter data*. La ejecución material de estas órdenes de suspensión entra dentro de la competencia de la Policía Judicial, de acuerdo a lo establecido en el artículo 445 LOPJ.⁸³⁹

Antes de proceder a estudiar cada una de las medidas cautelares comprendidas en este artículo, creemos necesario señalar que algunas veces la redacción del artículo 141.2 LPI ha ocasionado confusión, puesto que pareciera que excluye la aplicación de esta medida cautelar cuando se trata de la usurpación del derecho moral del autor. Esta lectura es equivocada, puesto que no puede significar la exclusión de esta medida cuando se ha producido una vulneración de alguna de las prerrogativas morales del autor, establecidas en el artículo 14 LPI.⁸⁴⁰ Muy por el contrario, consideramos que esta medida cautelar es fundamental para proteger los derechos morales del autor, puesto que el autor buscará evitar que su obra se publique con el nombre de otra persona como supuesto autor, o evitar la publicación de la obra si su deseo es que ésta se mantenga en reserva, o que no se publique en ese momento, sino en otro momento más propicio, etc. Lo que ocurre muchas veces en la práctica es que, para la adopción de esta medida cautelar, es preciso que la usurpación de los derechos morales se materialice en una obra que simultáneamente sea objeto de reproducción, distribución o comunicación pública. En conclusión, esta medida cautelar puede ser utilizada para proteger ambos derechos de autor, los morales y los de explotación.

Podemos señalar jurisprudencia que reafirma la protección de los derechos de autor, de acuerdo a su especialidad, en los que coexisten derechos patrimoniales como morales, así tenemos el auto de AP de Almería, 13 de noviembre de 1995⁸⁴¹, que indica lo siguiente: “... En la protección de los derechos de autor coexisten tanto los derechos

⁸³⁸ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAZ MÁIZ, Vicente, Daños y perjuicios... op.cit. pag. 66; CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio, *Comentarios...* op.cit. pag.1704.

⁸³⁹ CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Coordinador Rodrigo Bércovitz Rodríguez-Cano)* Tercera Edición, Tecnos, Madrid 2007, pag. 1711.

⁸⁴⁰ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...op.cit.*, pag. 452.

⁸⁴¹ AAP Almería, 13 de noviembre de 1995, RGD, 1996, pag. 14 418, de la misma forma el AAP de Barcelona, de 6 de mayo de 1992 (AC 1992/831).

patrimoniales como los morales del autor que han de ser valorados para la reparación de los daños y que, en determinadas ocasiones, precisan de amparo urgente, pues la continuación de la actividad ilícita provoca una prolongación de la insatisfacción durante el proceso...”.

Las medidas de coerción se encuentran, tras mucha insistencia doctrinal, establecidas en la LEC, tanto para el caso de ejecución de condenas de hacer personalísimo (art. 709) como para la de ejecución de condenas a deshacer lo mal hecho (art. 710.1, párrafo 2º). Siendo la suspensión de la actividad que *prima facie* parece infractora de los derechos de propiedad intelectual una condena de no hacer con naturaleza claramente infungible, aquí no cabe la solución de que se deshaga por tercero a costa del infractor (algo que puede permitir el art. 706 por analogía, por más que este precepto se refiera a la condena de hacer no personalísimo).⁸⁴² De hecho, hay quien señala que “es el caso de deshacer infungible cuando las multas coercitivas se revelan más eficaces para conseguir la actividad del deudor. No obstante, el precepto se refiere fundamentalmente a los supuestos en que el deshacer implica un deber de abstención susceptible de reproducirse en el tiempo”.⁸⁴³ Justo lo que sucede cuando la medida cautelar pretende que el programa de televisión no se emita o que no vuelvan a aparecer en los quioscos los sobres de cromos o de estampas no autorizados.

Ahora procederemos a analizar cada una por separado:

3.1.- La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda

Esta medida está dirigida a evitar el daño que ocasionaría la permanencia en el tiempo de la actividad infractora mientras se lleva adelante el proceso principal; incluso se puede afirmar que constituye el eje fundamental sobre el que gravitan el resto de medidas de protección de los derechos de autor.

⁸⁴² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAZ MÁIZ, Vicente, *Daños y perjuicios...* op.cit., pags. 66 y 67.

⁸⁴³ DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, Lex Nova, Valladolid, 2000, pag. 2732.

El carácter continuado de las actividades ilícitas de explotación de los derechos de autor propicia el establecimiento de esta modalidad de tutela cautelar que logra interrumpir o paralizar la infracción que se encuentra en plena ejecución, y además impide que la misma se reanude con posterioridad. Para lograr ambos objetivos la LPI establece la pretensión principal de cese de la actividad ilícita.⁸⁴⁴ Ahora bien esta cesación comprende dos situaciones distintas: la primera es la suspensión de la actividad ilícita establecida en el apartado 1.a del artículo 139, y la segunda es la prohibición al infractor de reanudarla una vez suspendida, según lo dispuesto en el apartado 1.b del artículo 139.⁸⁴⁵

La suspensión provisional de una determinada actividad ilícita resultará adecuada para contrarrestar las diversas situaciones de peligro apreciables en función de la modalidad de explotación en la que se manifieste el derecho respectivo. De acuerdo a lo establecido en el art. 139 LPI el titular de derechos puede solicitar la pretensión de cesación, y precisamente esta cesación sólo tiene cabida ante la existencia actual y prolongada de una infracción.⁸⁴⁶

La suspensión de la actividad es una medida cautelar que se concede cuando el actuar ilícito se realiza en forma subrepticia, es decir sin que exista vínculo alguno con el titular de los derechos de autor o conexos. Esta medida es la idónea para suspender la difusión pública de sus obras cuando ésta se viene realizando mediante aparatos audiovisuales en local público. Por ejemplo tenemos el auto de AP de Granada de 24 de septiembre de 1990⁸⁴⁷ que denegó la medida cautelar de suspensión de la comunicación audiovisual en un Hotel, en un supuesto de reproducción de obras musicales, mediante hilo musical y TV, por entender que se había puesto fin a la actividad infractora, tras una consignación realizada conforme a lo dispuesto en el art. 157 LPI y con la solemne proclamación del sujeto de obligarse contractualmente a abonar la correspondiente

⁸⁴⁴ “La suspensión de la actividad infractora comprende tanto el cierre de las instalaciones de una empresa, cuando se hallaba destinada en su totalidad a la realización de un ilícito civil contra la propiedad intelectual, o, solamente la suspensión, esto queda al arbitrio discrecional del Juez, procurando, en todo caso, que la orden cesatoria sea adecuada y no desproporcionada al hecho lesivo realizado” AAP Barcelona 27 Septiembre 1989, RJC. 1990- I, pag. 69 y AAP Barcelona 24 Mayo 1990, RGD 1990, pag. 1727.

⁸⁴⁵ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M.A., “Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil”, *Revista General de Derecho*, pag. 3291.

⁸⁴⁶ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...op.cit.*, pags. 452 y 456.

⁸⁴⁷ AAP Granada, de 24 de septiembre de 1990, RGD, 1991, pag. 4654.

remuneración. En cambio, la SAP de Cádiz de 31 de marzo de 1995⁸⁴⁸ ratificó el cese de la comunicación pública de las obras musicales en un hotel, al no realizarse consignación alguna, y estimar que no puede calificarse la emisión de doméstica, pues se trata de “... un servicio que el hotel presta a sus clientes y, por tanto, integra un medio lucrativo por el que se justifica que satisfaga la prestación correspondiente”.

Igualmente se admite, en la práctica, la suspensión de las comunicaciones públicas realizadas en bares, por la tenencia de aparatos musicales reproductores y TV, y excepcionalmente, el precintado de los aparatos cuando no se satisface el correspondiente canon remuneratorio. También se ha accedido a la suspensión de la actividad musical en salas de baile, en los AAP Málaga de 23 de septiembre de 1991 y AAP Asturias de 5 de julio de 1995⁸⁴⁹, a pesar de que la infracción ya duraba bastantes años, 5 y 17, respectivamente por entender que no se había abonado desde aquella fecha canon alguno además de “... entender como urgente la adopción de las medidas que se soliciten para impedir continúe actuando la parte demandada con absoluto desconocimiento de los derechos de autor...”, siempre obedeciendo a la finalidad de evitar la perpetuación del ilícito durante la sustanciación del proceso. Por el contrario, la SAP Badajoz de 1 de diciembre de 1994⁸⁵⁰, deniega las cautelas por falta de acreditación por la SGAE de los derechos de autor presuntamente infringidos.

Como señalábamos anteriormente, esta medida puede considerarse como la medida capital en la protección de los derechos de autor. Con frecuencia el resto de las medidas no son más que complemento o simple consecuencia lógica de éstas; consideramos que la orden de suspensión conlleva la prohibición de reanudar, puesto que sería ilógico pensar que pasado un tiempo el infractor pueda reiniciar la actividad ilícita. En la solicitud de cesación el *periculum in mora* tiene un contenido evidente, esto es, la persistencia en la actividad ilícita que la medida cautelar pretende cercenar. De ahí que para su adopción sea preciso que la actividad se esté llevando a cabo cuando la medida sea solicitada, de no ser así, esto es, finalizada la misma, carecería de objeto.⁸⁵¹

⁸⁴⁸ SAP Cádiz, 31 de marzo de 1995.

⁸⁴⁹ AAP Málaga, 23 de septiembre de 1991; AAP Asturias, 5 de julio de 1995 (AC 1996,13)

⁸⁵⁰ SAP Badajoz 1 de diciembre de 1994⁸⁵⁰ (R. Ar. Civ. 1994, pag.2 198).

⁸⁵¹ MONTALVAN AVILÉS, Andrés, *Medidas...op.cit.*, pag. 282.

La medida cautelar específica de suspensión consiste propiamente en una orden judicial, que impone al sujeto pasivo la abstención provisional en la realización de una conducta que él mismo ha iniciado, y que se presenta como usurpadora de los derechos de autor. Se trata de una medida de efectos anticipativos, por cuanto en esa situación que se cautela se produce ya la satisfacción del derecho de una de las partes en conflicto. Las medidas anticipatorias exceden el mero aseguramiento, dado que protegen de manera mediata y con carácter provisional, los derechos a que se refiere la pretensión principal, pero lo inmediatamente tutelado a través de las mismas, es la efectividad práctica de la futura sentencia principal.⁸⁵²

Esta medida cautelar busca la suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, de acuerdo a cada caso, o sea, según la conducta del infractor, que puede ser un actuar ilícito de reproducción, distribución y comunicación pública, establecidos en los artículos 18, 19 y 20 de la LPI respectivamente.

Es necesario señalar que la traba de una medida cautelar de suspensión no constituye una forma de castigo o sanción por las infracciones realizadas anteriormente a dicha medida, sino que son el medio de evitar que se mantenga en ejecución la actividad infractora. La jurisprudencia coincide con la eliminación de cualquier idea de castigo o sanción, así tenemos la SAP Granada, 24 de septiembre de 1990⁸⁵³ que expresamente señala: “... Pero ha de insistirse en que la suspensión de la reproducción ... no constituye un modo de sancionar infracciones anteriores al momento en que la suspensión se solicita, sino un medio de evitar el mantenimiento y perpetuación de la actividad infractora; y aunque no se desconoce que el precepto que comentamos ampara también la posibilidad de remuneración correspondiente ... ninguna relación instrumental cabe establecer entre ambas medidas por virtud de la cual pueda recurrirse a la suspensiva como modo de asegurar la remuneratoria, máxime cuando, como es en el caso, ésta no ha sido solicitada ...”.

⁸⁵² ORTELLS RAMOS, Manuel. *Las Medidas Cautelares*, pág. 142 y *La Tutela Judicial Cautelar*, pag. 19, y VALLS GOMBAU, José Francisco, *Medidas...op.cit.*, pag. 211.

⁸⁵³ SAP Granada, 24 de septiembre de 1990; RGD, 1991, pag. 4 653.

A tenor de lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 139 de la LPI, la pretensión dirigida a obtener el cese de la actividad ilícita comprende: a) La suspensión de la explotación infractora, y b) La prohibición del infractor de reanudarla. La medida cautelar que se corresponde con la pretensión cesatoria es la de suspensión de la actividad; entonces esta medida cautelar puede calificarse como anticipatoria pues no es sólo homogénea sino idéntica a la futura ejecutiva. Es necesario señalar que esta medida anticipatoria es concebida en la LPI con naturaleza cautelar, y no como tutela sumaria; puesto que está destinada a procurar la efectividad práctica de la sentencia que se dicte en el proceso ordinario.

El contenido de la suspensión queda al arbitrio discrecional del juez, procurando, en todo caso, que la orden de cesación sea adecuada y no desproporcionada al hecho lesivo realizado, no se puede adoptar una medida cautelar excesivamente lesiva para el afectado, así tenemos lo dispuesto por el AAP Barcelona -27 de septiembre de 1989⁸⁵⁴: “... en el supuesto litigioso no se discute dicha infracción, puesto que no se ha negado la falta de contratación con la SGAE para la reproducción de la obra musical, y en consecuencia, las medidas a adoptar se adecuan al hecho lesivo producido, debiendo suspenderse la actividad de reproducción y el secuestro de los ejemplares utilizados sin acceder al precintado subsiguiente del material empleado si bien subsistiendo la prohibición de suspensión de la comunicación pública denunciada por la SGAE”. De la misma forma el AAP Barcelona -24 de mayo de 1990⁸⁵⁵ señala: “... Procede en consecuencia, la adopción de medidas cautelares en el sentido propuesto por el instante, si bien limitado su alcance a la suspensión de la comunicación pública, por aparecer innecesario y desproporcionado el secuestro o precintado de los aparatos empleados para realizarla...”

La agresividad de las medidas anticipatorias exigirá que la apariencia de buen derecho sea sólida. Pero esta apariencia de buen derecho también se obtiene de forma indirecta a través de las diligencias de comprobación que regula el artículo 732 de la LEC. Se trata de que a instancia de parte, y sin notificación al afectado, el tribunal puede requerir informes y ordenar investigaciones que el solicitante no pueda aportar o llevar a cabo y que resulten necesarias para resolver la solicitud. Si tenemos en cuenta

⁸⁵⁴ AAP Barcelona de 27 de septiembre de 1989-, RJC. 1990-I, pag. 69.

⁸⁵⁵ AAP Barcelona de 24 de mayo de 1990, RGD, 1990, pag. 1 727.

que la vulneración de los derechos de autor con mucha frecuencia tendrá carácter clandestino, los indicios de que disponga el demandante pueden resultar insuficientes para una acertada resolución sobre las cautelas pedidas, procediendo entonces estas diligencias de investigación.⁸⁵⁶

Un ejemplo de esta medida cautelar de suspensión, lo encontramos en el caso anteriormente citado, en el cual, la SGAE solicita frente a un establecimiento de hostelería en cuyos locales se ejecutan actos de comunicación pública de obras musicales a través de aparatos de reproducción mecánica y por medio de ejecuciones en vivo (conciertos), la suspensión provisional de la actividad de explotar obras musicales (art. 141.2 LPI) así como la consignación o el depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración (art. 141.1 LPI). El Juzgado de Primera Instancia estima la solicitud de medidas cautelares decretando la suspensión provisional de la actividad de comunicar públicamente obras musicales, el precinto de los aparatos empleados en tales actos de comunicación, y el depósito de las cantidades adeudadas. Esta medida cautelar en especial busca proteger uno de los derechos de explotación reconocidos al autor y a otros titulares de derechos de propiedad intelectual como artistas y productores de fonogramas, esto es el derecho de comunicación pública, establecido en el art. 20 LPI. En virtud de este derecho de exclusiva, el autor de una creación tiene el poder jurídico de autorizar y de prohibir que terceras personas puedan tener acceso a su obra sin previa distribución de ejemplares en los que se materialice esa creación. Es comunicación pública, por ejemplo, la proyección de una obra audiovisual en una sala de cine (art. 20.2.b LPI), la exposición de una obra plástica en una galería o sala de arte (art. 20.2.h LPI), la ejecución de una obra musical en un concierto (art. 20.2.a LPI), o la recitación de una obra literaria en un escenario (art. 20.2.a LPI). Se trataría en todo caso de actuaciones en las que una pluralidad de personas puede tener acceso a una obra sin que sea precisa para esa explotación la distribución a cada una de ellas de ejemplares de dicha obra.

En todo caso, la comunicación pública de obras musicales en establecimientos de hostelería cualquiera que sea el medio o procedimiento técnico empleado constituirá una explotación de obras protegidas por el derecho de autor que deberá ser autorizada

⁸⁵⁶ MONTALVAN AVILÉS, Andrés, *Medidas...op.cit.*, pags. 283 y 284.

por los titulares de derechos y que deberá ser objeto de posterior remuneración. Puesto que dicha autorización no podrá ser concedida personalmente por el autor, ni podrá este último recaudar individualmente la remuneración, se acude a un sistema centralizado de concesión de autorizaciones (art. 157 LPI), recaudación de las cantidades debidas en concepto de remuneración, y posterior reparto de las cantidades recaudadas entre los titulares de derechos de explotación (art. 154 LPI). Y todas estas funciones integrarán la gestión colectiva de derechos de autor que desarrollan las diversas entidades de gestión, precisamente en este caso la SGAE.

Pues bien, en el caso comentado, la SGAE solicita medidas cautelares frente a un establecimiento público que estaba efectuando actos de comunicación sin haber obtenido previamente la necesaria autorización y sin haber satisfecho tampoco la correspondiente remuneración. Deducimos, que la pretensión interpuesta en el proceso principal consistía en una petición de condena a la cesación de la actividad consistente en comunicar obras musicales (art. 139.1.a y b LPI) así como en una pretensión de condena a la indemnización de los perjuicios consecuencia de esa infracción (art. 140 LPI). Para garantizar la efectividad de la sentencia que concediera la pretensión de cesación solicitaba la entidad actora la medida cautelar de suspensión provisional de las actividades de comunicación, mientras que para garantizar la condena indemnizatoria del perjuicio resultante de esa usurpación instaba la parte demandante la consignación o depósito de las cantidades debidas en concepto de remuneración (art. 141.1 LPI).

La situación jurídica a la que se refería la pretensión principal y para la que se consideraba necesaria la tutela cautelar consistía por tanto en una aparente y probable infracción de uno de los derechos de explotación reconocidos al autor, el de comunicación pública de sus obras. Con la delimitación de esa situación jurídica y con el acreditamiento de la misma, se concretaba uno de los presupuestos necesarios para la concesión de las medidas. No obstante, la obtención de las mismas requería la apreciación por el juzgador de una específica situación de peligro que pudiera impedir o dificultar la efectividad del ulterior pronunciamiento jurisdiccional.

Los riesgos que amenazaban la efectividad de la tutela judicial solicitada en ese proceso principal estaban integrados por la permanencia y continuidad en la explotación del derecho de autor durante la vigencia del proceso de declaración. En efecto, la

sentencia que en su día estimara la pretensión de cesación no resultaría un título de imposible ejecución en tanto aquella actividad ilícita cuyo cese se ordenaba probablemente continuaría en vigor. Sin embargo, la permanencia de la actividad de explotación durante la pendency del proceso ordinario conllevaba una disminución de la efectividad de la sentencia que concediera aquella cesación, pues hasta el momento de obtener esa declaración se estaría produciendo un perjuicio en el derecho de autor, de no fácil reparación.

Se podría argumentar, frente a esto último, que la permisión de la actividad infractora durante el desarrollo del proceso de declaración no supondría un daño irreversible para el titular del derecho de autor porque en definitiva siempre sería posible una posterior indemnización. Pero este razonamiento implicaría desconocer el verdadero alcance y significado del derecho de autor. El derecho de exclusiva que el ordenamiento jurídico reconoce al creador consiste en el “poder de decidir” si su obra puede ser utilizada por terceros así como el modo o forma de esa explotación. La obtención de una remuneración dirigida a compensar una cierta explotación constituirá una cuestión adicional que dependerá de la voluntad del autor pero que en cualquier caso requerirá su “previa decisión” de consentir la explotación de su obra en una determinada forma de utilización.

Debe pues comprenderse que la infracción del derecho de autor no consiste tanto en no haber satisfecho una determinada remuneración sino en haber procedido a explotar una obra protegida sin la autorización de su creador; en haber incidido en el contenido de un derecho inmaterial cuyas facultades quedan reservadas en exclusiva a su titular. Y para esa situación de infracción, y ante el peligro de ineffectividad derivado de la permanencia de esa usurpación durante el proceso principal, la medida cautelar que la parte actora considera necesaria era la suspensión provisional de los actos de comunicación, y no exclusivamente la de consignación de las cantidades debidas en concepto de remuneración. En conclusión, para una protección efectiva del derecho de comunicación pública de una obra, la medida cautelar más idónea es simple y llanamente la orden cautelar de suspensión de dicha actividad, sin perjuicio de otras

medidas cautelares conducentes a recuperar las ganancias económicas dejadas de percibir por el autor.⁸⁵⁷

3.2.- La prohibición de realizar la actividad infractora de reproducción, distribución y comunicación pública, si todavía no se han puesto en práctica.

Esta medida cautelar está dirigida a evitar que se consume la actividad ilícita y por lo tanto se pide su adopción antes que se inicie la infracción; la cautela se materializa en una orden del juez que prohíbe al afectado con la medida, que realice un acto que se considera infractor de los derechos de autor, por lo tanto se conjura la producción de la infracción antes que ésta suceda. Este tipo especial de medida cautelar sólo se aplicará si la actividad infractora no se ha puesto en práctica todavía, porque en caso contrario, dejaría de ser efectiva y se necesitaría aplicar la medida cautelar de suspensión de la actividad infractora ya iniciada, y que viene siendo realizada actualmente, de forma continua.

La diferencia con la medida cautelar de suspensión de la actividad es evidente, puesto que en aquella, la actividad infractora ya se inició y se viene ejecutando, mientras que en la medida cautelar de prohibición, la infracción no se ha iniciado todavía; es por ello que el vocablo “prohibición”, significa un “mandato de no hacer” antes que se realice el acto infractor. Tampoco puede confundirse la medida de prohibición que procede cuando aún no se ha iniciado la infracción, con la prohibición de reanudar la actividad infractora. Esta última es una consecuencia de la medida de suspensión, puesto que una vez suspendida la actividad infractora que se venía consumando, lo que se prohíbe es que se reinicie la actividad infractora nuevamente en un momento futuro.

La prohibición debe entenderse como la orden impuesta al sujeto pasivo de la medida en el sentido de vincularle a interrumpir los actos preparativos encaminados a la iniciación de la infracción. Ello queda además justificado por cuanto en determinados

⁸⁵⁷ Al respecto leer el artículo de ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, “La variabilidad o modificación de las medidas cautelares. Un particular supuesto de modificación de medidas cautelares de la Ley de Propiedad Intelectual (AAP de Madrid de 26 de junio de 2000)”, publicado en el trabajo realizado con el Proyecto de Investigación GV00-164-07, de la Generalitat Valenciana.

supuestos las actividades tendentes a la iniciación de la infracción podían ser confundidas con la efectiva infracción de derechos de autor.⁸⁵⁸

Sabemos que esta medida cautelar tiende a conjurar el peligro que supone el comienzo inminente de la actividad infractora; por ello, el principal problema se deriva de que se trata de una infracción a futuro, lo que dificulta su prueba, o mejor dicho ofrecer un principio de prueba que facilite un enjuiciamiento *prima facie*. Esta dificultad no es preocupante cuando se trate de actos de comunicación pública, puesto que la constatación de la publicidad, como son los anuncios, carteles, avisos, afiches etc. servirá, ahora sí, como principio de prueba. Pero si se trata de la edición de un libro o la grabación de un videograma no publicitados, la prueba antes de su aparición en el mercado será algo difícil, y exigirá del titular el desplegar actividades de comprobación.⁸⁵⁹

Esta medida cautelar puede ser considerada como inhibitoria o de no innovar, puesto que la adopción de ésta, constituye una orden de “no hacer” cuando el inicio de la actividad infractora sea inminente o se esté preparando, puesto que ésta aún no se ha consumado. En este caso, la pretensión del proceso principal se dirige a obtener una prohibición de iniciar la actividad ilícita. Esta pretensión se verá satisfecha con la adopción de la medida cautelar⁸⁶⁰; entonces lo que se logra con la adopción de esta medida es la paralización de la situación existente al momento de la solicitud, obteniendo que ésta se mantenga; por lo tanto al no haberse iniciado aún la infracción, la orden inhibitoria por sí misma protegerá el derecho de autor que se encuentra en peligro inminente.

Si la suspensión es la medida cautelar apropiada para evitar el daño marginal derivado de la continuidad de la actividad infractora durante el proceso principal, la orden judicial de prohibición o abstención de llevar a cabo una conducta, resultará

⁸⁵⁸ MUERZA ESPARZA, Julio, *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del derecho industrial y de la competencia*, Cedecs Editorial S.L. Barcelona, 1997, pág.106 y 107; y MORENO CATENA, Víctor, *El procedimiento en materia de Derechos de autor*, Tecnos, Madrid, 1995, pág. 371.

⁸⁵⁹ MONTALVAN AVILÉS, Andrés, *Medidas...op.cit.*, pag. 286.

⁸⁶⁰ VALLS GOMBÁU, José Francisco, *Medidas cautelares...op.cit.*, pag. 211.

adecuada cuando el peligro consista en dar comienzo a aquella actividad de explotación.⁸⁶¹

En la práctica, existen casos en que es determinante, para la efectividad de la decisión del proceso principal, la adopción de una medida cautelar de abstención o prohibición, pues la necesaria realización del proceso a lo largo de un tiempo determinado podría permitir la conversión del temor de infracción en efectiva infracción.⁸⁶²

Podemos citar la siguiente resolución, SAP Barcelona –Secc. 11.^a 12 de marzo de 1990, que nos muestra la función que cumplen las medidas cautelares para conjurar el posible daño que puede ocasionar la duración del proceso, sin que se adopte de inmediato esta cautela: “ ...en el caso examinado, conforme a la doctrina más autorizada y sin necesidad de ser calificadas como ‘medidas cautelares’ lo que tienden es [...] que en atención a la naturaleza de los derechos infringidos vienen ‘anticipadamente’ a proteger los mismos tanto que se demuestre la “infracción” o “temor racional [...] de que vaya a producirse de modo inmediato” ...”. En el mismo sentido la SAP, Barcelona –Secc. 13.^a- 24 de julio de 1990, y el AAP, Barcelona –Secc. 11.^a- 20 de diciembre de 1989.⁸⁶³

4.- El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública (artículo 141.3 LPI).

El secuestro es la afectación de un bien o conjunto de bienes de la persona sobre quien va dirigida la medida cautelar. La ejecución del secuestro se materializa con la desposesión de dichos bienes, poniéndolos bajo la custodia de un depositario. Es decir

⁸⁶¹ ORTELLS RAMOS, Manuel. *Medidas cautelares*, pág 205.

⁸⁶² BELLIDO PENADÉS, R., *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, pag. 366; y TAPIA FERNÁNDEZ, I., *Las medidas cautelares de la Ley de protección al Honor, la intimidad y la propia imagen*, pag. 46.

⁸⁶³ SAP Barcelona –Secc. 11.^a 12 de marzo de 1990 (RJC, 1990-I, pag. 69). También AAP, Barcelona –Secc. 11.^a- 20 de diciembre de 1989 (RGD, 1990, pag. 4 889) y SAP, Barcelona –Secc. 13.^a- 24 de julio de 1990 (RGD, 1991, pag. 1 785).

que se priva de la posesión de los bienes al afectado, mientras dure el transcurso del proceso principal.

DEVIS ECHANDÍA, define al secuestro como la entrega que de una cosa o un bien mueble o de un conjunto de bienes se hace a una persona para que los tenga en su poder, a nombre y a órdenes de la autoridad que lo ha decretado.⁸⁶⁴

Esta medida cautelar pretende impedir la explotación ilícita de los derechos de autor, además de encontrarse íntimamente relacionada con la pretensión de cese de la actividad ilícita, de acuerdo a lo establecido en el numeral 2 del artículo 139 de la LPI. Este secuestro, al tratarse del caso especial de protección de derechos de autor, se constituye en complemento idóneo para la efectividad de las medidas cautelares anticipatoria e inhibitoria, según sea el caso. En la práctica, a estas cautelas se acumula el secuestro, con el objeto de garantizar la efectividad de la pretensión de cese de la actividad infractora, tal como lo señalábamos anteriormente.

Los actos de ejecución del secuestro se materializan únicamente con la desposesión de los bienes utilizados para consumir la infracción. Al tratarse de una tutela cautelar, la medida no puede alcanzar ni la destrucción de los ejemplares o aparatos, ni la inutilización de moldes, planchas matrices, etc. puesto que estos actos están reservados a la fase ejecutiva de sentencia firme. El secuestro tampoco podrá aplicarse a los ejemplares adquiridos de buena fe para su uso personal; en este caso podría utilizarse la tercería de dominio contra la medida acordada.⁸⁶⁵

El secuestro encuentra los mismos límites que el art. 139 establece para la pretensión de condena. Entre ellos, la protección de tercero del art. 139.4. En determinados casos, podrían ser traídos a proceso estos ejemplares con función probatoria, pero no desposeer de ellos al legítimo poseedor. Al igual que ocurre con el resto de las medidas reguladas en la LPI, el secuestro del artículo 141 no excluye otras medidas que pudieran ser de rigor a tenor del art. 727 LEC. Pensemos por ejemplo en una prohibición de enajenar. En la medida en que los ejemplares se encuentren en poder de un tercero que no es el protegido por el art. 139.4, la retirada de los bienes del

⁸⁶⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal...op.cit*, pag. 544.

⁸⁶⁵ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa... op.cit.*, pag. 721.

comercio es factible aun en el caso de que se encuentren en dominio de este tercero que los comercializa, por ejemplo el librero. Por otra parte, si se trata de delito, serán de aplicación los artículos 338, 816, 822 de la LECriminal, artículo 64 de la Ley de Prensa de 1964 y el artículo 3 de la Ley 62/1978.⁸⁶⁶

De acuerdo a lo establecido en esta norma, el secuestro puede recaer sobre distintos bienes del afectado, específicamente sobre tres de ellos: a) ejemplares producidos, b) ejemplares utilizados y c) material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública.

4.1.- Secuestro de ejemplares producidos.

En primer lugar, la medida cautelar de secuestro recae sobre los ejemplares producidos por el infractor, esto significa que se incautan todos aquellos bienes que por sí mismos constituyen la violación al derecho de autor. Estos bienes pueden ser de diversa índole, por ejemplo, libros piratas por fotocopias; o CD piratas por copia de música; o DVD piratas con copias de vídeos, películas, etc. Es decir que lo que se está secuestrando es el mismo producto resultante de la infracción.

Este secuestro puede examinarse desde dos puntos de vista. El primero, y más importante, se refiere al derecho moral del autor. El secuestro de los bienes producidos, es una medida cautelar que refuerza y facilita las medidas de suspensión y de prohibición de la actividad infractora; ejerciendo de esta manera una función importantísima. Es decir que el secuestro se acumula y es el complemento ideal tanto de una medida cautelar de suspensión (anticipatoria) como una de prohibición (inhibitoria), puesto que si se despoja al infractor de los bienes producidos, no podrá continuar con la actividad infractora, ni mucho menos iniciarla. Para el caso de los ejemplos antes señalados, si al infractor se lo desposee de los libros, CD o DVD piratas, no podrá realizar la infracción de distribución de dichos bienes; ya sea que se encuentre en plena acción de distribución o esté a punto de iniciarla. Así CARNELUTTI señala, que el secuestro judicial, no sólo se encuentra previsto por normas generales, sino que además

⁸⁶⁶ CARRASCO PERERA, Ángel, Comentarios al art. 141 LPI, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Coordinador Rodrigo Bércovitz Rodríguez-Cano)* Tercera Edición, Tecnos, Madrid 2007, pag. 1712.

cumple una función importante en normas especiales como las de derecho de autor, en las que se sustrae el bien discutido de la posesión de una de las partes, para inhibir la disposición que pudiera realizar la parte misma,⁸⁶⁷ puesto que con dicha disposición se materializaría la infracción del derecho de autor.

El segundo punto de vista está referido al derecho de explotación del derecho de autor. El secuestro de los bienes producidos, cumple otra función importantísima, que es evitar que se abastezca el mercado con estos productos piratas. Es decir en caso que el infractor llegue a distribuir y vender todos los bienes piratas, se habrá saturado el mercado, haciendo imposible que el autor pueda distribuir su obra. El autor se vería en la irremediable situación de una carencia de mercado, en el cual no puede vender su creación puesto que no hay compradores.

Asimismo, el secuestro de los bienes producidos con la actividad infractora, permite al autor escoger el destino de éstos, una vez haya finalizado el proceso principal. El autor tiene la potestad de decidir si estos ejemplares deben ser destruidos, o por el contrario que se le entreguen a cuenta de la indemnización de daños y perjuicios, que se disponga en el proceso. Así también lo señala CALAMANDREI, al indicar que el secuestro puede ser preordenado a la destrucción, o a la atribución en propiedad al poseedor de la exclusiva de los objetos que constituyen violación al derecho de autor, en contravención a una obligación de no hacer.⁸⁶⁸ En la práctica los bienes producidos con la actividad infractora, ya sean libros, CD, DVD, etc. son de muy baja calidad, desmereciendo el verdadero trabajo del autor, por lo tanto en la mayoría de los casos se prefiere la destrucción de estos bienes; y además precisamente por la baja calidad de estos productos, si se imputaran al monto de la indemnización, ésta se vería disminuida de forma ínfima.

4.2.- Secuestro de ejemplares utilizados

Este caso se refiere a la medida cautelar de secuestro sobre los bienes que son utilizados para la infracción, es decir que usualmente el infractor cuenta con un bien original, y precisamente de éste se realiza la reproducción masiva de todos los demás

⁸⁶⁷ CARNELUTTI, Francesco, *Derecho y ...op.cit.*, pag. 420.

⁸⁶⁸ CALAMANDREI, Piero, *Introducción...op.cit.*, pág. 57.

bienes piratas. Asimismo también es usual que el infractor cuente no sólo con un ejemplar original, sino que sean varios ejemplares originales. La LPI quiso especificar claramente que procede el secuestro sobre estos bienes que se “utilizan” para la infracción, además de los bienes que son el “producto” de la infracción. Eliminando cualquier duda acerca de la procedencia del secuestro de estos bienes, a pesar de ser originales; la condición para este secuestro es que estos bienes originales, sean empleados principalmente para la infracción de los derechos de autor. En la práctica, muchas veces es evidente cuando nos encontramos ante la utilización de un bien original, puesto que en los lugares dedicados a la reproducción masiva de ejemplares piratas siempre se encuentran uno o dos bienes originales que el infractor emplea para obtener todas las copias piratas. No está de más señalar nuevamente, que el infractor realiza estas actividades con fines comerciales, con el consecuente afán de lucro.

4.3.- Secuestro del material empleado por el infractor

Esta medida cautelar de secuestro procede sobre el material con el que se comete la infracción de reproducción, es decir que se pueden secuestrar todos aquellos bienes que sin ser el producto resultante de la infracción, es evidente que serán utilizados para este fin. Con la palabra “material”, la LPI incluye todos los insumos, instrumentos y elementos, que se encuentren en el mismo lugar o establecimiento, donde se realiza la actividad infractora. Esto se encuentra relacionado con lo establecido en el artículo 139.1 apartado d) de la LPI, el cual establece que material son los moldes, planchas, matrices, negativos y demás instrumentos; y además se pueden incluir otros materiales como son: tintes, tampones, grabados, ordenadores, cintas, etc.⁸⁶⁹

Si bien es cierto la ley exige que este material se utilice principalmente para cometer la infracción de reproducción, muchas veces en la práctica no es sencillo determinar este hecho; pero también existen casos en los que la actividad infractora se realiza en un local que evidentemente se dedica exclusivamente a la producción de bienes piratas, y se podrá secuestrar la totalidad de los bienes que se encuentren en dicho lugar. En todo caso consideramos que, en estos casos extremos de talleres dedicados a la piratería, es evidente que todo ese material se utiliza “principalmente”

⁸⁶⁹ BARONA VILAR, S., *Tutela cautelar en materia de propiedad intelectual*, Cuadernos de Derecho y Comercio, núm. 24, diciembre 1997, pag. 218.

para consumir la actividad ilícita. Al respecto fue determinante la modificación incluida por la Ley 23/2006, de 7 de julio, mediante la cual se modificó la palabra “exclusivamente” por “principalmente”; por lo tanto en lugares donde es evidente que se dedican a la actividad ilícita de reproducción y comunicación pública, se podrán secuestrar los bienes encontrados, ya que es evidente que estos son utilizados “principalmente” para realizar la infracción. Entonces recaerá en el infractor la carga de la prueba, de acreditar que dichos bienes no son utilizados principalmente para este fin.⁸⁷⁰

Finalmente, para el caso del material empleado para la comunicación pública, el secuestro recae sobre los equipos y aparatos necesarios para poner en práctica esta actividad de explotación; apareciendo nuevamente el problema de determinar si éstos son utilizados principalmente con este fin; pero la importancia de estas medidas es que su ejecución satisface la pretensión de cesación de la actividad infractora, constituyéndose en una cautela accesoria y complementaria de la cautela anticipatoria.

5.- El secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes referidos en los artículos 102.c y 160.2 y de los utilizados para la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos en el artículo 162.2 (artículo 141.4 LPI)

Esta medida cautelar comprende el secuestro de instrumentos, dispositivos productos y componentes, que sean utilizados para la infracción de los derechos de autor; específicamente para la protección de los siguientes derechos específicos: 1) Programas de ordenador, de acuerdo a lo establecido en el artículo 102.c LPI; 2) Medidas tecnológicas de protección de obras y prestaciones, establecidas en el artículo 160.2 LPI; y 3) La gestión electrónica de los derechos referidos en el artículo 162.2 LPI.

⁸⁷⁰ Así, entre otras: SAP de Álava, Sección 2ª., de 7 de junio de 1999 (AC 1999/1443); SAP de Huelva, Sección, 2ª., de 3 de marzo de 1998 (AC 1998/3837); SAP de Cantabria, Sección 3ª. de 22 de enero de 1998 (AC 1998/13); SAP de Baleares, Sección 3ª., de 25 de septiembre de 1997 (AC 1997/ 1937); SAP de Castellón, Sección 2ª. de 1 de julio de 1997 (AC 1997/1608); SAP de Cuenca de 22 de julio de 1997 (AC 1997/1607); la SAP de Zaragoza, Sección 5ª. de 8 de enero de 1997 (AC 1997/181); SAP de Huesca de 17 de diciembre de 1996 (AC 1996/2315).

En todos estos casos de secuestros específicos, se acumulan con medidas cautelares anticipatorias o inhibitorias, con la finalidad de dar una protección efectiva a los derechos de autor, ya sea que la infracción sea actual y continuada, o que exista peligro inminente del inicio de la infracción. Es decir que estas medidas cautelares se utilizan para garantizar y proteger la pretensión de cesación de la actividad ilícita.

Esta medida cautelar pretende garantizar las sentencias de retirada del comercio y destrucción de los ejemplares ilícitos (artículo 139.1.c), de inutilización o destrucción de los útiles de confección de los mismos (artículo 139.1.d) y de remoción o precinto de aparatos de comunicación pública (art. 139.1.e). Pero también puede servir de adelantamiento de los efectos del comiso (art. 139.3) y adelantamiento de condenas de remoción.⁸⁷¹

Ahora procederemos a estudiar cada uno de los secuestros utilizados para proteger estos derechos específicos:

5.1.- Secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes referidos a Programas de ordenador (art. 102.c LPI)

En este primer caso, el secuestro es una medida cautelar específica para la protección de programas de ordenador. Se trata del secuestro de los instrumentos cuyo único fin sea facilitar la supresión o neutralización no autorizadas de cualquier dispositivo técnico utilizado para proteger un programa de ordenador, estos dispositivos pretenden evitar que se reproduzca el programa de ordenador, impidiendo se obtengan copias del mismo. Esto significa que el secuestro busca garantizar la pretensión de cesación de la actividad infractora, evitando la producción de ejemplares pirata de programas de ordenador. Esta función de garantizar la cesación, se materializa cuando estos instrumentos son susceptibles de utilizarse en otras actividades que sean lícitas; porque en caso contrario, es decir cuando los instrumentos secuestrados no puedan utilizarse en otras actividades lícitas, lo que se garantizará es la destrucción de los mismos.⁸⁷²

⁸⁷¹ YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAZ MÁIZ, Vicente, *Daños y perjuicios...* op.cit., pag. 67.

⁸⁷² ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...* op.cit., pag. 462.

En la reproducción ilícita de programas de ordenador, también se presenta el peligro de agotar el mercado de compradores. El secuestro de los aparatos señalados en el artículo 102.c) LPI, es una medida cautelar específica y necesaria para evitar la fácil reproducción de los programas de ordenador, puesto que esta actividad conduce a una rápida saturación en el mercado, constituye una ágil respuesta que el proceso ordinario no es capaz de dar. Nótese que si se retarda el secuestro hasta la sentencia firme, su pronunciamiento puede convertirse en superfluo pues el mercado puede haber absorbido toda la demanda que el producto tenga. De ahí la importancia de esta anticipación en fase preliminar o coetánea a la presentación de la demanda.⁸⁷³

5.2.- Secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes que deshabiliten medidas tecnológicas de protección (art. 160. 2 LPI)

En principio, debemos recordar qué son las medidas tecnológicas de protección; la LPI da una definición en el numeral 3 del artículo 160. De acuerdo a la ley, se entiende por medida tecnológica: a toda técnica, dispositivo o componente que, en su funcionamiento normal, esté destinado a impedir o restringir actos, referidos a obras o prestaciones protegidas. Las medidas tecnológicas se consideran eficaces cuando el uso de la obra o de la prestación protegida esté controlado por los titulares de los derechos de autor, ya sea mediante la aplicación de un control de acceso, o un procedimiento de protección como por ejemplo: codificación, aleatorización, u otra transformación de la obra o prestación, asimismo cualquier mecanismo de control de copiado, que logre este objetivo de protección.

El secuestro puede recaer sobre dos tipos distintos de infractores: Los primeros son todos aquellos que fabriquen, importen, distribuyan, vendan, alquilen, publiciten para la venta o alquiler, o posean con fines comerciales, todos estos dispositivos, productos o componentes; es decir que estos infractores realizan una actividad netamente comercial. Los segundos infractores son aquellos que presten algún servicio que constituya la infracción, es decir que por su parte, estos infractores realizan la actividad técnica que constituye la infracción. Estos dos tipos de infractores, realizan sus actividades conjunta o separadamente.

⁸⁷³ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...* op.cit., pag. 721; VALLS GOMBÁU, José Francisco, *Medidas cautelares...* op.cit., pag. 215.

El secuestro significará la incautación de cualquier dispositivo, producto o componente, que se encuentre en posesión de los infractores antes señalados. Las características que pueden concurrir o no, en estos instrumentos son: a) sean objeto de promoción, publicidad o comercialización con la finalidad de eludir la protección, o b) sólo tengan una finalidad o uso comercial limitado, al margen de la elusión de la protección, o c) estén principalmente concebidos, producidos, adaptados o realizados con la finalidad de permitir o facilitar la elusión de la protección.

Con la ejecución de la medida cautelar de secuestro, se garantiza la pretensión principal de cesación de la actividad ilícita, los infractores se verán privados de las herramientas necesarias para deshabilitar las medidas tecnológicas de protección; además dada la utilización exclusiva de estos instrumentos para este fin ilícito, el secuestro garantizará la pretensión de destrucción de estos bienes.

5.3.- Secuestro de los instrumentos, dispositivos, productos y componentes utilizados para la supresión o alteración de la información para la gestión electrónica de los derechos referidos en el artículo 162.2 LPI.

Tal como lo hicimos en el caso anterior, primero debemos recordar cuál es el concepto de la “información para la gestión electrónica de derechos”, precisamente el apartado 2 del artículo 162 LPI en estudio señala que debe entenderse como toda información facilitada por los titulares que: a) identifique la obra o prestación protegida, b) identifique al autor o cualquier otro derechohabiente, c) indique las condiciones de utilización de la obra o prestación protegida, d) indique cualesquiera números o códigos que representen dicha información. Con la condición de que todos estos elementos de información se encuentren directamente asociados al ejemplar de la obra o prestación protegida, o también cuando, aparezcan en conexión con su comunicación al público.

El secuestro se efectúa sobre cualquier tipo de instrumentos, dispositivos, productos y componentes utilizados para la supresión o alteración de esta información, puesto que esta información es la que determina y establece la paternidad de la obra, además de las condiciones de su utilización.

En este caso al igual que el anterior, la traba efectiva de esta medida cautelar garantiza la pretensión de cesación de la actividad ilícita, puesto que se privará a los infractores de los dispositivos que utilizan para suprimir o alterar esta información; asimismo, al ser evidente que estos dispositivos son utilizados exclusivamente con este fin ilícito, su destrucción será una pretensión más del proceso principal.

6.- El embargo de los equipos, aparatos y soportes materiales a los que se refiere el artículo 25, que quedarán afectos al pago de la compensación reclamada y a la oportuna indemnización de daños y perjuicios (artículo 141.5 LPI)

El embargo es una medida cautelar para futura ejecución forzosa, puesto que se afectan bienes, para garantizar el pago de la sentencia que se dictará en el proceso principal. En esta medida cautelar específica de la LPI, precisamente lo que se pretende garantizar es el pago de una compensación monetaria o una indemnización de daños y perjuicios, por lo tanto nos encontramos ante una clásica medida para futura ejecución forzosa.

DEVIS ECHANDÍA, define al embargo como el acto judicial mediante el cual se pone fuera del comercio una cosa y a órdenes de la autoridad que lo ha decretado.⁸⁷⁴

El artículo 25 de la LPI se dedica a la reglamentación del derecho de remuneración por copia privada. El derecho de remuneración compensatoria por copia privada es una obligación legal que pretende compensar las pérdidas ocasionadas a los autores como consecuencia de las copias privadas que de sus obras se realizan⁸⁷⁵, tal como lo establece claramente el apartado número 1 del mencionado artículo 25 LPI. En caso que no se cumpla con pagar esta remuneración compensatoria, se podrá solicitar la adopción de medidas cautelares específicas como el embargo sobre los equipos, aparatos y soportes materiales; permaneciendo afectos estos bienes a la finalidad de

⁸⁷⁴ DEVIS ECHANDÍA, Hernando, *Compendio de Derecho Procesal...op.cit*, pag. 544.

⁸⁷⁵ SERRANO GÓMEZ, Eduardo, "El Derecho a la remuneración compensatoria por copia privada", *La protección de la propiedad intelectual, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial XIII-2001*, pag. 89.

garantizar el pago de la mencionada remuneración, además de la indemnización de daños y perjuicios que el juez disponga en la resolución del proceso principal.⁸⁷⁶

El pago de la remuneración es equitativo y se realiza por única vez. Existen dos momentos en los cuales se genera la obligación de pagar, para el caso de los fabricantes que sean al mismo tiempo distribuidores, y los adquirentes de los equipos, aparatos y soportes materiales fuera del territorio español cuyo destino es la distribución comercial dentro de éste, la obligación se genera en el momento en que se produzca por parte del deudor la transmisión de la propiedad; y para los adquirentes de equipos, aparatos y soportes materiales fuera del territorio español con destino a su utilización dentro de dicho territorio, desde el momento de su adquisición; así lo establece claramente el apartado 12 del artículo 25 de la LPI. Se debe tener muy presente que el sujeto obligado al pago de la compensación no es el que efectivamente realiza la actividad de copia privada; se hace responsables, por el contrario, a aquellos sujetos intermediarios que posibilitan que las copias técnicamente se efectúen, pero que personalmente no desarrollan ninguna actividad de reproducción.⁸⁷⁷

El supuesto a que se refiere es el de impago de la remuneración compensatoria por copia privada, del artículo 25 de la Ley, incluyendo ahora, los intereses y la indemnización de daños y perjuicios. Tal como lo señala expresamente la ley, los bienes embargados “quedarán afectos al pago de la remuneración reclamada y de la oportuna indemnización de daños y perjuicios”. No se trata pues, del secuestro de material ilícito de cara a su destrucción o inutilización, ni de la incautación de medios empleados en la comisión de una infracción. Además debemos señalar que ni la fabricación o importación de los aparatos reproductores del artículo 25 es una usurpación de derechos; ni la reproducción para uso privado es una actividad explotadora del derecho de reproducción aunque no fuese pagada la remuneración por copia privada. La norma no está regulando el embargo para ejecutar la sentencia de condena al pago de cantidad, sino una forma de embargo preventivo singular frente a la LEC. Aunque la norma no lo expresa, es claro que el embargo no procede si los bienes se hallan ya en poder de un tercero no obligado al pago de la remuneración del artículo 25. Los bienes embargados deberán ser, en su caso, realizados en dinero. Finalmente debemos indicar, que el actor

⁸⁷⁶ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...op.cit.*, pag. 463.

⁸⁷⁷ SERRANO GÓMEZ, Eduardo *La protección...op.cit.*, pag. 95.

no podrá reclamar el comiso a cuenta de la indemnización, a que se refiere el art. 139.3 LPI.⁸⁷⁸

Son las SGAE quienes frecuentemente realizan las peticiones de medidas cautelares solicitando el pago de los correspondientes derechos de remuneración, aunque su tratamiento en la práctica forense ha sido dispar. Quizás, por ello, la LPI introdujo como nueva previsión el embargo de los aparatos para la satisfacción de la remuneración correspondiente de los derechos de autor. Esta cautela permite reforzar las pretensiones deducidas por las entidades de gestión para el cobro de los derechos de explotación. Este embargo tiene una finalidad homogénea para garantizar la ejecución de una sentencia de condena pecuniaria. Ello sin perjuicio de que, si con esos aparatos continúa la vulneración, la traba realizada se complete con el depósito judicial en poder de tercero (arts. 1775. 2 CC. y 626. 4 LEC) para guardarlos y retenerlos a disposición del juez hasta que se ordene su entrega a otra persona, bien sea el rematante o el propio acreedor.⁸⁷⁹

Los fabricantes que sean distribuidores y los adquirientes de todo el material para la distribución comercial dentro del territorio español presentarán a la entidad de gestión correspondiente, dentro del plazo de 30 días siguientes a la finalización de cada trimestre natural, una declaración-liquidación en la que se indicarán las unidades, capacidad y características técnicas, de los equipos, aparatos y soportes materiales respecto de los cuales haya nacido la obligación de pago de la compensación durante dicho trimestre. Por su parte los adquirientes del material fuera del territorio con destino de utilización dentro del territorio español harán la presentación de la declaración-liquidación dentro de los cinco días siguientes al nacimiento de la obligación; así lo establece el apartado 13 del artículo 25 de la LPI.

El apartado 15 del artículo 25 establece dos plazos para realizar el pago de la compensación: a) Por los fabricantes que sean distribuidores y los adquirientes de todo el material para la distribución comercial dentro del territorio español, dentro del mes siguiente a la fecha de finalización del plazo de presentación de la declaración-

⁸⁷⁸ CARRASCO PERERA, Ángel, Comentarios al art. 141 LPI, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Coordinador Rodrigo Bércovitz Rodríguez-Cano)* Tercera Edición, Tecnos, Madrid 2007, pag. 1712.

⁸⁷⁹ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...* op.cit., pag. 721.

liquidación; y b) Por los demás deudores y por los distribuidores, mayoristas y minoristas, en relación con los equipos, aparatos y soportes materiales, en el momento de la presentación de la declaración-liquidación.

Este análisis del artículo 25 era necesario para determinar los dos plazos dentro de los cuales se debe realizar el pago de la compensación por remuneración, puesto que desde el momento en que se incumple con el pago, se podrá solicitar tutela cautelar, con la traba efectiva del embargo sobre los equipos y aparatos fabricados o importados por el empresario-deudor.

El embargo de todos estos bienes es una medida cautelar instrumental de la pretensión de condena al pago de la mencionada remuneración, y en su caso, al abono de los daños y perjuicios ocasionados. Es una medida de efectos asegurativos pues con ella no se anticipa la satisfacción de la pretensión principal, sino que se asegura la ejecución de la sentencia de condena pecuniaria.⁸⁸⁰

Así como cabe el embargo sobre los bienes muebles del deudor, para realizar con ellos la deuda en metálico, también puede solicitarse que la medida cautelar de embargo recaiga sobre inmuebles; esta cautela adoptará la forma de anotación preventiva. Además debemos señalar que las reglas generales de la LEC reconoce esta medida como una cautela especial y típica, según los artículos 727.1 y 738.2.⁸⁸¹

Finalmente debemos señalar que, aunque cabía entender esta medida en el apartado 3, el artículo 141 ha optado por recogerla separadamente, para una mejor adaptación a la reforma del artículo 25 operada por la reforma de la Ley 43/1994, de 30 de diciembre, que incorporó al Derecho español la Directiva 92/100/CEE, de 19/11/1992, sobre derechos de alquiler y préstamo y otros derechos afines a los derechos de autor en el ámbito de la propiedad intelectual.⁸⁸²

⁸⁸⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las medidas cautelares en la nueva ley de enjuiciamiento civil*, Revista Xurídica Galega, núm 25, 1999, pag. 21.

⁸⁸¹ CARRASCO PERERA, Ángel, Comentarios al art. 141 LPI, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual (Coordinador Rodrigo Bércovitz Rodríguez-Cano)* Tercera Edición, Tecnos, Madrid 2007, pag. 1710.

⁸⁸² YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAZ MÁIZ, Vicente, *Daños y perjuicios...* op.cit., pag. 68.

7.- La suspensión de los servicios prestados por intermediarios a terceros que se valgan de ellos para infringir derechos de propiedad intelectual, sin perjuicio de lo dispuesto en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y del comercio electrónico (artículo 141.6 LPI)

La infracción de los derechos de autor puede materializarse de diversas formas, entre ellas podemos encontrar las actividades ilícitas de reproducción, publicación, distribución, creación o fabricación, y comunicación pública de una obra sin la debida autorización del autor. Asimismo dentro de los avances tecnológicos e informáticos, se pueden dar las actividades ilícitas de alteración o supresión de información para la gestión electrónica de derechos, y la elusión de la protección tecnológica, además de las infracciones sobre los programas de ordenador, entre otros. Ahora bien, muchas veces la infracción de los derechos de autor se realiza por varios infractores, que pueden trabajar en forma conjunta o separada, pero que tienen una íntima relación, realizando cada uno una actividad que es necesaria para que se consume otra, y que al final desencadenará una última actividad que constituya en sí una infracción a los derechos de autor. Es decir que las actividades ilícitas, pueden constituir una cadena de actividades, donde la primera es la causa de la segunda, y la segunda es causa de la tercera, y así sucesivamente. Entonces existe un nivel de intervención en cada uno de estos infractores, para que al final se consume una verdadera infracción del derecho de autor.

Esta medida cautelar en particular es una medida suspensiva no de la actividad infractora directamente, sino de los servicios que prestan los intermediarios a favor de terceros, cuya actividad constituye la infracción al derecho de autor. Lo que se pretende es evitar la infracción desde la raíz, es decir que si el infractor final, no cuenta con los servicios que le presten terceras personas, o los intermediarios de éstos, entonces estará imposibilitado de realizar efectivamente la infracción.

Esta medida de cesación podrá solicitarse contra los intermediarios a cuyos servicios acuda el infractor directo de los derechos de autor, aunque los actos que estos intermediarios no sean, por sí mismos, lesivos. Con esta disposición, se está pensando,

fundamentalmente, en los prestadores de servicios de la sociedad de la información, como los prestadores del servicio de almacenamiento o transmisión de datos.⁸⁸³

La Ley 34/2002, de 11 de julio, Ley de Servicios de la Sociedad de la Información y Comercio Electrónico (LSSICE), utiliza la expresión de prestador de servicios para referirse a uno de los sujetos que intervienen en las relaciones negociables de la sociedad de la información, con lo que al seguir la Ley a la propia Directiva 2000/31/CE, constituye un concepto muy amplio, vago e impreciso.⁸⁸⁴ En aras a una mejor delimitación del posible sujeto legitimado pasivamente, podemos concluir de que se trataría del prestador de servicios de la sociedad de información que actúe como intermediario en la transmisión de contenidos por las redes de telecomunicaciones, esto es, aquellas personas cuya actividad consiste en facilitar a otros el acceso y la operatividad en las redes informáticas (*mere conduit*) (art. 14), sin perjuicio de que ocasionalmente pudiera extenderse a prestadores de servicios que realizan copia temporal de los datos solicitados por el usuario (art. 15), prestadores de servicios de alojamiento o almacenamiento de datos (*hosting* y *caching*) (art. 16), y prestadores de servicios que faciliten enlaces o contenidos o instrumentos de búsqueda (*linking*) (art. 17) La Directiva 2000/31/CE, de 8 de junio de 2000, del Parlamento Europeo y del Consejo, sobre comercio electrónico, regula estos aspectos en los arts. 12 a 14. Por su parte, el art. 15 de la misma Directiva establece el principio de “inexistencia de obligación general de supervisión” para los prestadores.⁸⁸⁵

La LSSICE no establece medidas cautelares específicas. No obstante el art. 8.1 alude a la posibilidad de que los órganos competentes puedan adoptar medidas para “interrumpir la prestación o para retirar los datos que la vulneran”. Del mismo modo, el art. 11 de la mentada Ley hace referencia genérica a la adopción de ciertas medidas cautelares. El art. 11.1.,2 de la LSSICE establece que: “En todos los casos en que la constitución, las normas reguladoras de los respectivos derechos y libertades o las que resulten aplicables a las diferentes materias atribuyan competencia a los órganos

⁸⁸³ GARCÍA VIDAL, Ángel, “Notas sobre la Ley 19/2006, de 5 de junio de 2006, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial”, *La Ley*, Año XXVII, Nro. 6518, pag. 2.

⁸⁸⁴ VEGA VEGA, Antonio, “Acciones y Procedimientos en Defensa de la Propiedad Intelectual”, en *Reformas Recientes de la Propiedad Intelectual, Colección de Propiedad Intelectual, (Coordinador Carlos Rogel Vide)*, REUS S.A., Madrid 2007, pag. 171.

⁸⁸⁵ VEGA VEGA, Antonio, “Acciones y Procedimientos...op.cit., pag. 173.

jurisdiccionales para invertir en el ejercicio de actividades y derechos, sólo la autoridad judicial competente podrá adoptar las medidas previstas en este artículo”. En consecuencia, estos remedios nacen para ser preferentemente adoptados en los ámbitos penal y civil, dado que en ellos es más evidente el respeto de las garantías constitucionales.⁸⁸⁶ También el art. 30 hace referencia a la pretensión de cesación que se ejercitará –señala el precepto- conforme a lo previsto en la LEC, por lo que si se trata de una cesación provisional también encajaría dentro de dichas medidas (art. 727,7 LEC).

Estas medidas cautelares, que podrían aplicarse en el supuesto de infracciones de derechos de PI en el ámbito de la intermediación de los prestadores de servicios de la sociedad de la información, han de calificarse de protección urgente y encaminadas a una tutela preventiva, lo que se traduciría en la dualidad de aseguramiento de la ejecución y protección anticipada de derechos, y también tendrían el carácter de *numerus apertus*, a tenor del art. 727.11 de la LEC.⁸⁸⁷

De conformidad con lo previsto en la LSSICE y en la LEC las medidas concretas que más fácilmente podrían adoptarse en materia de protección de los derechos de propiedad intelectual que pudieran resultar infringidos con la intermediación de algún prestador de los servicios de la sociedad de la información serán las siguientes:

- 1) La interrupción de la prestación de un determinado servicio de la sociedad de la información cuando atente o pueda atentar contra los principios que se recogen en el art. 8 de la LSSICE; entre ellos: el orden público o la investigación penal, en la materia que nos concierne.
- 2) Retirada de los datos que vulneran los principios contemplados en el art. 8 LSSICE.
- 3) La suspensión de la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de

⁸⁸⁶ GONZÁLES MALABIA, Sergio, *Tutela judicial del comercio electrónico*, Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 2004, pags. 277 y 278.

⁸⁸⁷ CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio, “Acciones y procedimientos”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, Vol. 4 B, Ed. Edersa, 1995, pag. 691; VEGA VEGA, Antonio, *Acciones y Procedimientos...op.cit.*, pag. 185.

telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio de intermediación que realizaran los prestadores de los servicios, que pudieran afectar a los derechos de PI. Dichas medidas se adoptarán respetando, en todo caso, las garantías, normas y procedimientos previstos en el Ordenamiento jurídico para proteger los derechos a la intimidad personal y familiar, a la protección de los datos personales, a la libertad de expresión o a la libertad de información cuando estos pudieran resultar afectados.

- 4) El cese provisional en una actividad; la de abstenerse de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo con infracción de derechos de autor. Esta medida también encuentra cobijo en los preceptos del art. 30 de la LSSICE, dado que aunque en este artículo parece referirse a una acción judicial ello no impide que también pueda arbitrarse como medida cautelar a los fines antes indicados.

Independientemente de estas medidas recogidas o amparadas en la Ley especial, también podrían solicitarse las que, con carácter general, prevé el art. 727 de la LEC. Entre ellas, el embargo preventivo de bienes, el depósito de bienes, la intervención o administración judicial de bienes productivos, la anotación preventiva de demanda y otras anotaciones registrales que procedan, la suspensión de acuerdos sociales impugnados, así como cualesquiera otras que, para la protección de derechos de propiedad intelectual, puedan prever expresamente las leyes o se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiera otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en proceso.⁸⁸⁸

Como lo señalamos anteriormente, este artículo de la LPI es muy específico, puesto que señala expresamente que no se refiere a las medidas cautelares establecidas para los servicios de intermediación que se encuentran regulados en la Ley 34/2002, de 11 de julio. La LSSICE en su artículo 11, establece cuáles son los deberes de colaboración de los prestadores de servicios de intermediación, indicando expresamente que en caso de recibir una orden de una autoridad judicial o administrativa, que

⁸⁸⁸ VEGA VEGA, Antonio, *Acciones y Procedimientos...* op.cit., pag. 187 y 188.

disponga la interrupción de los servicios que vienen prestando, deberán suspender de inmediato dicha colaboración. En otras palabras, se ordena que suspendan la transmisión, el alojamiento de datos, el acceso a las redes de telecomunicaciones o la prestación de cualquier otro servicio equivalente de intermediación; como es evidente, los intermediarios deberán cumplir esta orden de inmediato y bajo responsabilidad.

VI.- MEDIDAS CAUTELARES ESTABLECIDAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL REFERIDAS A LOS DERECHOS DE AUTOR

Para la LEC, medida cautelar es toda actuación ordenada por el juez sobre el patrimonio del demandado que tiende directamente a hacer posible una eventual y futura sentencia estimatoria. Así lo establece el art. 721.1 LEC, cuyo texto reforzado por el art. 726.1.1, resulta claro que las medidas cautelares existen porque se ha iniciado, o se iniciará en breve, un proceso de declaración, y posteriormente para hacer posible un futuro y eventual, proceso de ejecución. Nadie duda, y la LEC reconoce, que la existencia y buena ordenación de un completo sistema de medidas cautelares es pieza de extraordinaria importancia para una eficaz administración de justicia.⁸⁸⁹

Como ya hemos visto anteriormente, la LEC a pesar de haber regulado tanto las características generales para especificar las medidas cautelares, como un desarrollo ilustrativo de las medidas posibles, ha mantenido en vigor el art. 141 LPI, que además de disponer las medidas que, según las circunstancias, fuesen necesarias para la protección de los derechos de autor, concreta el contenido de algunas de ellas, que junto a medidas que aseguren debidamente la completa efectividad del eventual fallo, regula específicamente algunas. La principal consecuencia es jurídico-formal en el sentido que en el improbable caso de que la configuración que hace la nueva LEC de las medidas cautelares fuera derogada o reformada en un sentido restrictivo de la amplitud del contenido y efectos de las medidas, la configuración de las medidas para derechos de autor no sufriría directamente la derogación o reforma restrictiva, sino que para ello sería necesaria una derogación o modificación de las disposiciones correspondientes de la LPI.⁸⁹⁰

La LEC estableció una serie de avances dentro del sistema de medidas cautelares y los más importantes son los siguientes: a) el art. 726 establece los caracteres que debe reunir toda medida cautelar creando un marco general en el que se permite al juez acordar medidas cautelares hasta ahora desconocidas en nuestro derecho, por ejemplo se podrían adoptar *Mareva injunctions* o *Worldwide injunctions*; b) acoge definitivamente la

⁸⁸⁹ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...* op. cit., pags. 679 y 670.

⁸⁹⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las Medidas Cautelares*, La Ley, 1ª ed. Madrid, 2000, pags. 205 y 207.

posibilidad de que puedan acordarse medidas cautelares estando pendiente un proceso de arbitraje u otro proceso ante tribunales de otro país; c) establece un procedimiento único para la adopción o rechazo, cualquiera sea la medida cautelar solicitada; d) regula de forma unitaria, los presupuestos generales de toda medida cautelar: *periculum in mora* y *fumus boni iuris*; e) regula con carácter general la audiencia previa al afectado con la cautela, que por jurisprudencia del TJCE es ya la regla general, salvo casos excepcionales; por lo que se regula la posibilidad de acordarlas *inaudita parte debitoris*; f) se generaliza la exigencia de fianza; g) se prevé como ordinaria la petición de medidas cautelares con la misma demanda y sólo de forma excepcional antes o después de su presentación; h) se prevé como ordinaria la oposición a las medidas cautelares ya adoptadas; i) aunque no dice que la responsabilidad sea objetiva por el alzamiento de las medidas cautelares si prevé que los daños y perjuicios que su adopción hubiera podido producir se harán efectivos en el mismo proceso; j) establece como principio que las medidas cautelares son revisables por hechos posteriores o de posterior noticia, a su concesión; k) establece como regla el alzamiento de las medidas cautelares si el demandado obtiene sentencia absolutoria; l) acepta de forma generalizada la caución sustitutoria.⁸⁹¹

La LEC específicamente en el art. 726.2 señala que: “el tribunal podrá acordar como medidas cautelares las que consistan en órdenes o prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso”. Es este sentido que evidencia el sistema anticipatorio de estas medidas cautelares, que algunas veces se ha denominado como sistema “agresivo” cautelar que permite adelantar la ejecución, en todo o en parte, al momento de incoar la demanda. El contenido de estas medidas cautelares consiste en una prohibición, una orden, o un mandato, que busca conseguir algo parecido o similar a lo que se pretende en el proceso.⁸⁹² Similar, significa algo análogo, parecido o semejante a otra cosa, como semejantes a las ejecutivas han sido siempre las medidas cautelares. Pero en la práctica, el juez al momento de ordenar una medida cautelar, deberá tener mucha precaución para interpretar y determinar qué significa similar. En principio existen dos extremos que, ni la lógica ni el uso común del lenguaje permiten traspasar. Similar no es ni puede ser: a) aquello que es absolutamente diverso de otra

⁸⁹¹ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...* op. cit., pag. 688.

⁸⁹² FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...* op. cit., pag. 689.

cosa; b) aquello que es absolutamente idéntico a otra cosa. Y, si lo que es similar nunca puede ser idéntico, salvo que deje de ser similar, claro resulta que una medida cautelar puede ser parecida o incluso muy parecida, pero nunca idéntica a una medida ejecutiva.⁸⁹³

El legislador, cuando regula estas medidas cautelares o el juez cuando las ordena apoyándose en una autorización genérica, deben intentar siempre obtener, para el caso concreto, este difícil equilibrio: adelantar, de un lado, el mayor número posible de actuaciones ejecutivas para asegurar su eficacia, y poner extremo cuidado, de otro, en que tales medidas no produzcan los perjuicios irreparables que causaría la ejecución de la sentencia, pues estaría, entonces, adelantando la ejecución sin que exista título ejecutivo, o lo que es igual, sin que el demandante hay acreditado su derecho de tutela, y sin que el juez esté facultado para penetrar en el patrimonio del deudor. Pero para el caso concreto y específico de la protección de los derechos de autor, este equilibrio, ha sido siempre muy difícil de encontrar. Como estudiamos anteriormente, la LPI permite de modo expreso que el juez adopte, como cautelares, medidas que adelantan por completo la ejecución forzosa y, en ocasiones, pueden incluso, tener una eficacia superior a la que, al menos en teoría, tendría la sentencia firme de condena.⁸⁹⁴

El artículo 727 LEC establece una serie de medidas cautelares específicas, que no constituyen sólo una distinción enunciativa mas no taxativa. Esto queda confirmado en el apartado 11, que señala expresamente que podrán solicitarse todas aquellas otras medidas que, para proteger ciertos derechos especiales, prevean expresamente las leyes, o que se consideren necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en caso de una sentencia estimatoria; esto da origen a la contemplación de la medida cautelar genérica, que analizaremos más adelante.

Entre las medidas cautelares especiales establecidas en el artículo 727, existen algunas que son específicas para la protección de los derechos de autor, mal denominadas “propiedad intelectual”, precisamente éstas las estudiaremos detalladamente a continuación, pero antes procederemos a enunciarlas:

⁸⁹³ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...* op. cit., pags. 689 y 690.

⁸⁹⁴ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...* op. cit., pag. 691.

1.- El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos

Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado (artículo 727.1 LEC)

2.- La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo.

3.- La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual.

4.- El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción.

5.- Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio.

1.- El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos.

Fuera de los casos del párrafo anterior, también será procedente el embargo preventivo si resultare medida idónea y no sustituible por otra de igual o superior eficacia y menor onerosidad para el demandado (artículo 727.1 LEC)

El embargo constituye la afectación de bienes del infractor del derecho de autor, con la finalidad de asegurar el pago de la indemnización de daños y perjuicios ocasionados por la infracción de este derecho. Con esto queda claro que esta medida cautelar se encuentra dentro de las medidas cautelares para futura ejecución forzosa. Esta medida cautelar busca asegurar el cumplimiento en el pago de una sentencia condenatoria.

En el embargo de bienes, el término embargo designa un conjunto de actividades cuya principal finalidad es afectar bienes concretos del patrimonio del afectado con la medida a una concreta ejecución frente a él despachada. El embargo es necesario como acto ejecutivo, porque es el único medio de determinar qué bienes de entre los que forman el patrimonio del deudor van a responder de una ejecución concreta, y porque los actos de realización no serían posibles sin una afección previa.⁸⁹⁵

ORTELLS RAMOS conceptúa el embargo preventivo como la actividad procesal que si bien está diferenciada del proceso declarativo, depende de éste directamente. Ahora bien el proceso principal pretende la condena a una prestación pecuniaria que produce, mediante la afección de bienes del sujeto pasivo, el efecto de asegurar la ejecución de la sentencia.⁸⁹⁶

Este embargo es preventivo porque tiene como finalidad cautelar la ejecución de la probable sentencia condenatoria que se expida en el proceso principal, impidiendo que el afectado pueda desprenderse de sus bienes, con el objeto de quedar insolvente y

⁸⁹⁵ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas...*op.cit., pag. 266.

⁸⁹⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel, *El Embargo Preventivo*, Librería Bosch, Barcelona, 1984, pag. 28.

eludir el pago efectivo dispuesto por la resolución judicial final. Este tipo de medida cautelar es idóneo para las pretensión de indemnización de daños y perjuicios, puesto que si ya se consumó la infracción a los derechos de autor, es más efectivo el embargo de los bienes del infractor; a diferencia del caso en el que la actividad infractora continua vigente, la medida cautelar más idónea sería la intervención de las ganancias que actualmente viene percibiendo el infractor con la actividad ilícita.

La solicitud de un embargo, al igual que el resto de medidas cautelares, deberá cumplir con los presupuestos de apariencia de buen derecho (*fumus boni iuris*) y el peligro en la demora (*periculum in mora*), los cuales serán evaluados y sopesados por el juez. Sólo en caso de concurrencia de ambos presupuestos se concederá el embargo solicitado.⁸⁹⁷

La medida cautelar específica del embargo se utiliza para proteger una pretensión de entrega de una cantidad de dinero, aún cuando la deuda sea en especie, es decir aquellas que se pueden contar, pesar o medir art. 727.1, siempre y cuando tal deuda sea computable en metálico. En este último caso, el actor debe “liquidar”, es decir computar en metálico, el importe de la deuda por el precio medio que tenga la especie en el mercado de la localidad. También procede el embargo cuando la obligación dineraria cuya ejecución se pretende asegurar es ilíquida. Aunque la ley no establece la liquidez como requisito o exigencia expresa para el embargo preventivo, existe reiterada jurisprudencia de las Audiencias que condiciona la concesión del embargo preventivo a la liquidez de la obligación. Ahora bien, dado que esta liquidación debe realizarse con la urgencia que el embargo preventivo requiere, la LEC no exige al actor que presente los documentos acreditativos del precio medio que la especie tenga en el mercado (como exige el art. 550.1 párrafo 3º LEC para despachar ejecución) y acepta la liquidación o cómputo a metálico que el actor realice unilateralmente. A cambio, la LEC entiende que la liquidación se hace “bajo responsabilidad del actor”, de suerte que si la cantidad por la que se dicta el embargo resulta después excesiva, el actor deberá indemnizar los daños y perjuicios causados al demandado.

⁸⁹⁷ Al respecto la jurisprudencia: SAP Baleares, Secc. 3ª, 16 de enero de 2003 (AC 2003, 557); AAP Barcelona, Secc. 1ª, 30 de octubre de 2002 (JUR 2003, 105513); AAP Asturias, Secc. 7ª, 13 de junio de 2002 (JUR 2002, 251385); AAP Cádiz, Secc. 4ª, 9 de abril de 2002 (JUR 2002, 164522).

Dado que el embargo preventivo pretende proteger el pago de un crédito plasmado en una deuda en metálico, con un concreto precio de mercado que permitiría su sustitución por una prestación de contenido económico concreto a través de una simple operación aritmética, no procede el embargo preventivo en los casos de obligaciones de hacer, de no hacer o dar cosas específicas, pues no se puede considerar la medida adecuada para la ejecución de la sentencia que se dicte.⁸⁹⁸

El solicitante debe precisar de forma clara la cantidad por la que pide el embargo preventivo, este monto puede ser igual o inferior a la cantidad que se reclama en la demanda, existe un vacío en la LEC, puesto que no establece la forma en que debe hacerse la liquidación. En la práctica, la cantidad que suele pedirse y el juez acordar en concepto de intereses y costas es de un tercio de la deuda principal, salvo que la deuda sea de cuantía muy importante. Cabe, también utilizar por analogía lo previsto en el art. 575.1 LEC.⁸⁹⁹

El embargo preventivo no se dicta *inaudita parte debitoris*, de acuerdo a lo establecido por el artículo 733 LEC, pero sí se lleva a la práctica sin necesidad de que el actor lo inste (art. 738 1 LEC), es decir que la ejecución es de oficio. Además en ese momento, el deudor no puede presentar recurso alguno; se entiende: no frente a la decisión que acuerda el embargo preventivo. Por el contrario sí puede oponerse a las eventuales infracciones de normas de procedimiento que pudieran cometerse en la ejecución material del embargo preventivo, denunciando su nulidad por ejemplo cuando se embarguen bienes inembargables, o que no se respete el orden del art. 592 LEC.⁹⁰⁰

Para la ejecución de la medida de embargo preventivo la ley remite a los preceptos reguladores del embargo en la ejecución dineraria, es decir del art. 584 hasta 633 LEC, aunque establece una excepción, puesto que el sujeto pasivo no está obligado a manifestar sus bienes, art. 738.2 párrafo 1º LEC. Esta excepción significa que sí se pueden ordenar tanto la investigación judicial del patrimonio del art. 590 LEC y el

⁸⁹⁸ LARROSA AMANTE, Miguel Ángel, “Las Cautelas Indeterminadas y las Medidas Cautelares Específicas” en *Las Medidas Cautelares y los Recursos*, Director VALLS GOMBAU, José Francisco, Cuadernos de Derecho Judicial X-2000; Consejo General del Poder Judicial, Lerko Print, S.A., Madrid, 2000, pag. 162.

⁸⁹⁹ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...* op.cit., pag. 705.

⁹⁰⁰ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa...* op.cit., pag. 707.

deber de colaboración de terceros, mediante informaciones sobre el referido patrimonio del art. 591 LEC. Asimismo, para la ejecución del embargo preventivo, el nombramiento de depositario se encuentra regulado en el art. 626 LEC.⁹⁰¹

Cuando se realiza la traba del embargo, en defecto de acuerdo entre las partes, se atenderá la mayor facilidad de enajenación de los bienes y la menor onerosidad para el ejecutado (art. 592). Este es un criterio economista, que pretende aplicar una cierta proporcionalidad entre el beneficio del acreedor, en tanto que la mayor facilidad de enajenación implica una mayor agilidad del procedimiento y del resultado final que es lograr la satisfacción de su crédito; y el del deudor, en tanto que se busca que el embargo recaiga sobre aquellos bienes cuya pérdida le resulte menos onerosa. Las dificultades que en la práctica presenta este criterio en el orden de preferencia de los embargos es evidente, pues nos encontramos ante parámetros muy indeterminados que salvo contados casos están sujetos a las más amplias interpretaciones, sobre todo cuando estamos ante intereses claramente contrapuestos, pues el acreedor siempre tenderá a pedir el embargo de bienes de fácil realización, como por ejemplo, inmuebles aunque la cuantía del procedimiento sea muy inferior al valor de aquéllos; mientras que el deudor pretenderá que se le cause el menor daño posible. La dificultad, además, se acrecienta al no existir la obligación de conocer la totalidad del patrimonio para poder ponderar tales criterios y tampoco la obligación de designar bienes el demandado, lo que convertirá su patrimonio más desconocido.⁹⁰²

En el caso de protección de los derechos de autor, el embargo preventivo es eficaz para asegurar el pago de una indemnización, la cual comprende no solamente el valor de la pérdida que haya sufrido el titular de los derechos de autor, sino también el de la ganancia que haya dejado de obtener a causa de la violación de su derecho. Asimismo la cuantía indemnizatoria podrá incluir, en su caso, los gastos de investigación en los que se haya incurrido el actor, para obtener pruebas razonables de la comisión de la infracción.

⁹⁰¹ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las Medidas Cautelares*, op.cit. pag. 330.

⁹⁰² GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...*op.cit., pags. 234 y 235.

El embargo preventivo subsidiario para el evento de imposibilidad de ejecución de la medida más específica decretada.

Es necesario indicar que en ocasiones el embargo puede utilizarse como un medio supeditado a que la cautela específica solicitada no cumpla con la finalidad de proteger el derecho y asegurar la ejecución de la sentencia del proceso principal. Es decir que cuando exista imposibilidad de dar cumplimiento a la medida decretada, sería adecuado acordar y ejecutar un embargo preventivo. El problema es el modo en que procede hacerlo.

El embargo preventivo es una medida cautelar por sí misma, que ha de ser pedida y concedida, incluso cuando, como expresamente se contempla en el párrafo 2º del art. 727.1, tiene carácter subsidiario respecto de otra medida cautelar. Este carácter subsidiario se debe a dos casos específicos:

a) Cuando ocurren situaciones que imposibilitan la ejecución de la medida, puesto que se ha producido un cambio de hechos y de circunstancias que faculta al solicitante para pedir un embargo preventivo, art. 743 LEC.

b) Además de lo anterior, cuando el tribunal resuelve conceder una medida cautelar específica distinta al embargo, tanto el solicitante como el mismo tribunal consideran que es necesario conceder un embargo preventivo como medida subsidiaria, para garantizar su ejecución en caso de imposibilidad de ejecutar aquella medida.

Esta segunda solución es más efectiva por la inmediatez de actuación que posibilita. Se trataría, por otra parte, de una situación similar a la que consideran, en la ejecución de sentencias, lo arts. 706.1, párrafo 2º, y 709.4 LEC.⁹⁰³

El carácter subsidiario del embargo preventivo y la preferencia sobre otras medidas cautelares igualmente posibles, se debe sobre todo a que es una medida de escasa onerosidad para el demandado, pues sólo supone la traba de determinados bienes, sin limitar el derecho de disposición de los mismos por parte del propietario deudor y

⁹⁰³ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las Medidas Cautelares*, op.cit. pag. 339.

además es una medida fácilmente alzable a través de la consignación de las cantidades por las cuales se ha trabado el embargo preventivo, tal como lo posibilita la remisión que el art. 738.2 realiza a las normas de los embargos en procesos de ejecución en las que se prevé dicha posibilidad en el art. 585 LEC.⁹⁰⁴

Asimismo debemos tener en cuenta que en múltiples ocasiones no es posible la ejecución de la sentencia en sus propios términos por la falta de cumplimiento voluntario, lo que impone la transformación del contenido de la sentencia en una indemnización de daños y perjuicios, tal como lo establecen los arts. 700, 701.3, 702.1, 703.3, 706, 708.2, 709.1 y 710.2 LEC, todos ellos referidos a la ejecución de sentencias no dinerarias. Esta amplia previsión legal puede justificar la adopción del embargo preventivo cuando pueda existir temor racional y fundado de que el demandado en caso de ser condenado no va a colaborar en la ejecución de la sentencia, de tal forma que durante la tramitación del proceso pueda ocultar o transmitir bienes con los cuales se podría hacer frente a la eventual indemnización derivada del incumplimiento, lo que lógicamente también puede ser protegido a través de las medidas cautelares.⁹⁰⁵

2.- La orden judicial de cesar provisionalmente en una actividad; la de abstenerse temporalmente de llevar a cabo una conducta; o la prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo (artículo 727. 7 LEC)

Estas órdenes judiciales se pueden dividir en tres medidas cautelares distintas, todas con una clara naturaleza anticipatoria, que tienen como denominador común la imposición al demandado de una determinada conducta, ya sea de no hacer (cesación, abstención), ya sea de hacer (continuación o no interrupción). Pero en todos los casos, la medida cautelar constituye una orden bien de hacer o bien de dejar de hacer.

En estas medidas de cese el requisito del *fumus boni iuris* consiste en la demostración que deberá hacer el peticionante, de la apariencia del derecho invocado.

⁹⁰⁴ LARROSA AMANTE, Miguel Ángel, “Las Cautelas Indeterminadas y las Medidas...” op.cit., pag. 163.

⁹⁰⁵ LARROSA AMANTE, Miguel Ángel, “Las Cautelas Indeterminadas y las Medidas...” op.cit., pag. 164.

El juez deberá valorar esta apariencia en términos de verisimilitud. La diferencia radica en que la constatación indiciaria o probable del derecho subjetivo amenazado no basta para integrar el *fumus boni iuris*, puesto que es necesario además, una comprobación de la antijuridicidad de la conducta que se imputa al demandado. Esto significa que el requisito de *fumus boni iuris* se conforma de dos componentes: la verosimilitud del derecho invocado y el acto antijurídico que se imputa al demandado.

Sólo se despachará la medida cautelar cuando el derecho subjetivo se encuentre lesionado o amenazado de forma verosímil, y al mismo tiempo, que tanto esta agresión o amenaza no se encuentren justificadas por el ordenamiento jurídico.

Del primer componente se desprende claramente y como auténtico principio general del derecho (artículo 51 de la Constitución), la protección de los intereses colectivos y de los intereses difusos, a través de las entidades e instituciones a las que tanto la Ley de Enjuiciamiento Civil como las distintas normas sectoriales reconocen legitimación. Por su parte, el segundo componente, significa que la conducta que se imputa al demandado, y cuya continuidad en el tiempo se pretende evitar, no se encuentre amparada por alguna norma legal o una previsión contractual. Esto quiere decir que la lesión al derecho deberá aparecer como un daño antijurídico y arbitrario, por lo que el titular del derecho no tenga la obligación de soportar o tolerar la actuación del demandado.

Dicho esto, existe la posibilidad que el demandado, acredite de forma verosímil que cuenta con la concesión o reconocimiento de una facultad frente al derecho del demandante, generando que el *fumus boni iuris* se debilite y en determinados casos la medida no será rechazada.

Existe jurisprudencia⁹⁰⁶ de órganos jurisdiccionales provinciales que ha establecido que sólo se dictarán órdenes de cesación cuando se produzca una agresión al derecho del peticionante sin autorización previa alguna, siendo mucho más cuidadosa,

⁹⁰⁶ AAP Girona 169/2001, de 29 de noviembre (AC 2002, 131), y Baleares, 104/1999, de 28 de abril (AC 1999, 6585).

por lo general denegatoria de la medida cautelar, cuando el ataque que se alega se produce dentro de una relación jurídica entre peticionante y afectado con la medida.⁹⁰⁷

En las medidas de cese de una actividad, el requisito del *periculum in mora* pretende evitar el peligro de continuación de la actividad o situación antijurídica, a modo de represión inmediata de la conducta infractora y al mismo tiempo evitar la prolongación de sus efectos en el tiempo. Esto es, el que CALAMANDREI⁹⁰⁸ denominó “peligro de infructuosidad” distinto al simple peligro del retraso.

En definitiva, se trata de evitar la prosecución, la consumación o el agotamiento del daño, denominado *periculum in damno*. La contemplación de esta clase de *periculum*, y con él, la justificación de la medida, es clara en las Leyes especiales, ya porque de manera expresa se haga referencia a él, especialmente elocuente en el artículo 9.2 de la LO 1/1982, al justificar la medida en defensa del derecho al honor, la intimidad o la propia imagen en la necesidad de “poner fin a la intromisión ilegítima de que se trate y restablecer al perjudicado en el pleno disfrute de sus derechos, así como para prevenir o impedir intromisiones ulteriores”; o bien porque se infiera de la regulación legal de la pretensión de cesación a la que sirve la medida.

En el ejercicio de acciones en defensa de los intereses colectivos de consumidores y usuarios se ha señalado, y con razón, que el *periculum in damno* que justifica la medida puede estar en la necesidad de evitar que se incremente el número de afectados, pues, en efecto, de ninguna otra manera mejor se puede conjurar el daño que evitar que el consumidor adquiera la condición de afectado.

El *periculum in mora* no se juzga en términos de probabilidad, sino de certeza, ya que sin la constatación real del daño que ha de evitarse, carecería de fundamento la medida cautelar solicitada.⁹⁰⁹

La prestación de fianza es obligatoria, y más aún en estos casos de cese de una actividad, puesto que los daños y perjuicios que pueden provocarse al afectado con la

⁹⁰⁷ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...*op.cit., pag. 668.

⁹⁰⁸ CALAMANDREI, Piero, *Introducción...*op.cit., pag. 40.

⁹⁰⁹ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...*op.cit., pag. 669.

medida son serios.

Sólo se permite la exoneración del deber de prestación de la contracautela si está fundada en disposición legal expresa. Esto es lo que ocurre en el ejercicio de acciones de cesación en defensa de intereses colectivos y de intereses difusos de consumidores y usuarios, en cuyo caso la exigencia de fianza se deja a la ponderación discrecional del Juez, pues, conforme al último párrafo del artículo 728.3 LEC añadido por la LEY 39/2002.⁹¹⁰

En cuanto a la caución sustitutoria, la facultad del juez para aceptarla no es vinculante. Este precepto, establece claramente que se debe diferenciar los supuestos en que el derecho subjetivo protegido con una medida cautelar era o no de contenido patrimonial. Así, cuando ese derecho tiene el carácter de personalísimo, por ir unido a la propia personalidad, como en el derecho al honor o el derecho moral del autor; o bien, cuando se refiere o afecta a intereses públicos, como los derechos de los consumidores, publicidad, competencia, etc., la prestación de caución sustitutoria sería un auténtico contrasentido jurídico, pues se produciría una patrimonialización de un derecho no evaluable económicamente y se permitiría, a cambio de una cantidad pecuniaria, afectar a esos derechos de la personalidad o a intereses públicos.

En modo alguno cumpliría su finalidad la caución sustitutoria, y se dejaría por completo insatisfecho el derecho cautelado. Por el contrario, cuando los intereses en juego son estrictamente patrimoniales, la caución sustitutoria se convierte en regla general, como ocurre en la regulación de la Ley de Patentes en la que la regla general es precisamente la evitabilidad de la medida cautelar por la caución sustitutoria, art. 137.2 Ley de Patentes.⁹¹¹

La unificación de estas tres medidas en el mismo apartado del art. 727 LEC permite tratarlas en conjunto, pues las tres tienen una similar pero no idéntica estructura y finalidad, cual es la imposición, cautelar, de un deber al demandado, siendo sus diferencias de matiz: a) la orden de cesación en una determinada actividad, tiene un contenido más amplio y general, y se da ante un hecho consumado de la infracción del

⁹¹⁰ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...*op.cit., pag. 669.

⁹¹¹ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...*op.cit., pags. 670 y 671.

derecho del solicitante b) mientras que la prohibición de una determinada conducta es un poco más específica, y se refiere a impedir se consuma la infracción en el futuro, ante el temor de que de forma inminente se produzca la infracción, pero en el fondo es la misma medida cautelar; pues tanto en aquella como en ésta se ha de concretar la actividad o conducta que se prohíbe; y. c) por su parte, la orden de continuación o no interrupción en la realización de una prestación o servicio tiene el mismo alcance, aunque desde el punto de vista positivo de la conducta que se exige al afectado con la medida.⁹¹²

Si bien es cierto, la redacción de este artículo en particular, no se refiere expresamente a los derechos de autor, esta medida cautelar encaja perfectamente con las cautelas de cesación, prohibición y no interrupción de realizar una actividad que infrinja estos derechos.

A continuación analizaremos cada una de las tres medidas cautelares específicas, comprendidas dentro de este artículo de la LEC, que son las siguientes:

2.1.- Cesación provisional de la actividad

Esta cautela constituye una orden judicial que intima al afectado a cesar la actividad que actualmente viene ejecutando. Es decir que esta medida se aplica a los supuestos en los que la actividad infractora se encuentra en plena ejecución, es actual y se viene consumando en el momento en que se solicita la cautela.

Es muy importante la determinación de la orden judicial que constituye la cautela, que se encuentra regida por el verbo “cesar”, por lo que es evidente que la actividad ilícita se viene efectuando en la actualidad, y lo que busca esta medida es detener dicha actividad, suspendiendo la infracción y evitando que se siga consumando la explotación ilícita de los derechos de autor.

Esta medida es idónea para proteger la pretensión de cesación de la actividad infractora, puesto que desde la interposición de la demanda se solicita en forma de

⁹¹² GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...* op.cit. pag. 665.

medida cautelar el cese de la infracción, puesto que sería absurdo esperar a que se expida la sentencia en el proceso principal ordenando recién en aquel momento la suspensión de la actividad infractora. Por lo tanto esta cautela busca evitar la continuidad de la infracción durante la pendencia del proceso.

En la práctica, cuando se dicta una de estas medidas cautelares de suspensión, podríamos encontrarnos ante una situación casi sin sentido, principalmente para proteger los derechos de autor. De acuerdo a lo establecido por la LPI, el demandante que haya obtenido anticipadamente una medida cautelar de suspensión de la actividad ilícita, tiene la obligación de interponer una demanda principal en el mismo sentido. La incoación de la demanda una vez ordenada la suspensión, puede tener lógica cuando se trata de las pretensiones de precinto, remociones materiales o destrucción de instrumentos; pero cuando la pretensión de la demanda es la suspensión, y la actividad ya ha sido cautelarmente suspendida, al parecer carece de sentido. Legalmente se obliga a quien solicitó la cautela a litigar cuando para él puede ya no tener ningún objeto. Es decir que cuando se reclamen compensaciones económicas, la demanda principal tendría que incoarse necesariamente, pero puede que en casos específicos no sea así, puesto que en ocasiones el actor no sufre daño alguno gracias a la suspensión preventiva de la actividad ilícita; desapareciendo, de este modo, la necesidad de la tutela jurídica del proceso principal.⁹¹³

2.2.- Abstención temporal de llevar a cabo una conducta

Esta medida cautelar se materializa en una orden judicial que prohíbe al afectado dar inicio a una actividad que todavía no se ha realizado en la realidad, es decir que se ordena continuar con los actos preparativos encaminados a la iniciación de la infracción de los derechos de autor.

Esta medida cautelar es idónea para proteger la pretensión de prohibición del inicio de una actividad ilícita, puesto que dispone un “no hacer” antes que se de inicio a la infracción de los derechos de autor. Aquí aparece claramente la diferencia que existe con la medida cautelar de cesación, puesto que la cesación se utiliza cuando la

⁹¹³ CARRASCO PERERA, Ángel, *Comentarios...op.cit.*, pag. 1707.

infracción se encuentra actualmente en ejecución, mientras que la abstención se utiliza cuando la actividad infractora no ha comenzado aún, y sólo se encuentra en una etapa preparatoria.

Esta medida cautelar busca que no se llegue a consumir la infracción de los derechos de autor, puesto que se solicita la prohibición de realizar la actividad ilícita antes que ésta suceda. Si bien es cierto son muy específicos los casos en los que el autor tendrá conocimiento de la futura consumación de la infracción, no puede negarse por ello, la función tan importante que cumple esta cautela, puesto que constituye una barrera de protección idónea para evitar que se infrinjan los derechos de autor, impidiendo la consumación de la actividad, puesto que ésta se ejecutará en una etapa anterior al inicio de la infracción.

2.3.- Prohibición temporal de interrumpir o de cesar en la realización de una prestación que viniera llevándose a cabo

A pesar de la formulación negativa de la regla citada, el contenido de estas medidas cautelares es de carácter positivo, es decir que consiste en una orden de continuar realizando cierta prestación consistente en un hacer. Por otra parte, al amparo del art. 726 ha podido concretarse una medida consistente en una prestación de hacer.

Para la ejecución, tras el requerimiento correspondiente (art. 705 LEC), y si el sujeto pasivo no accede al mismo, se impone la distinción entre que el hacer no sea personalísimo (art. 706 LEC) o que sea personalísimo (art. 709 LEC).

En el primer caso, la opción entre exigir el hacer a costa del sujeto pasivo de la medida o la indemnización de los daños y perjuicios; en ambos casos el actor deberá solicitar una medida cautelar de embargo, ya sea para asegurar la remuneración de la persona que realice la obligación de hacer en lugar del obligado, o para asegurar el pago de la indemnización. Si el que ha obtenido la medida cautelar opta por rechazar la prestación en forma específica, que pretendió y obtuvo como la más adecuada para garantizar la efectividad de la sentencia, estará justificado para obtener el aseguramiento de la condena a indemnización.

En el segundo caso, es decir en las prestaciones de hacer personalísimo, serán aplicables las multas coercitivas periódicas para forzar al cumplimiento de la prestación, pero si el obligado no procediera a cumplir con la prestación, ya sea por haber transcurrido inútilmente un año con multas, art. 709.3 LEC; o porque el actor opta por solicitar el pago de un equivalente pecuniario de la obligación debida, la alternativa es el embargo preventivo para asegurar la condena a la misma.

Finalmente consideramos que la multa única, a la que se refiere el art. 709.2 LEC no es aplicable, por falta de adecuación, cuando se está ejecutando una medida cautelar, porque esa multa no sirve para conseguir el fin de que se realice la prestación de hacer en la que específicamente consiste la medida y porque su carácter sólo sancionatorio no está justificado tratándose de una medida cautelar.⁹¹⁴

2.4.- Ejecución de las medidas de órdenes de cesación o abstención de temporales de ciertas conductas

Para la ejecución de esta clase de medidas se ha postulado desde tiempo por la doctrina un régimen de multas coercitivas para forzar el cumplimiento al obligado y asegurar una tutela cautelar efectiva.⁹¹⁵

El antecedente de este tipo de ejecución se encuentra dentro del modelo establecido en el art. 11 LDC, que autoriza al tribunal de Defensa de la Competencia a imponer multas coercitivas, por la cantidad de: "... 10 000 a 150 000 pesetas, reiteradas por lapsos de tiempo suficientes para cumplir lo ordenado con el fin de obligarles a la cesación de una acción prohibida, conforme a lo dispuesto en esta Ley, o a la remoción de los efectos de una infracción". Esta potestad, se extendía a las medidas cautelares en el art. 45.4 LDC, para garantizar su cumplimiento. A continuación realizaremos un análisis, tomando como antecedente la LDC, comparativamente con la LEC, y los

⁹¹⁴ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las Medidas Cautelares*, op.cit. pag. 336.

⁹¹⁵ CALDERÓN CUADRADO, María Pía, "Sobre el régimen cautelar de defensa de la competencia y competencia desleal."; TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, "Las medidas cautelares de la Ley de protección al honor la intimidad y propia... op.cit.; MUÑOZ DELGADO Y MÉRIDA, Jesús, "Las medidas cautelares en materia de propiedad industrial.", en *Las medidas cautelares especiales*, op.cit., págs. 139 a 142; BELLIDO PENADÉS, Rafael, *La Tutela frente a la competencia desleal...* op.cit., págs. 397 a 401; MARTÍN PASTOR, José, *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos...* op.cit., págs. 92 a 98; ARIAS LOZANO, David, "La suspensión cautelar de acuerdos de sociedades anónimas", en *Las medidas cautelares por razón...* op.cit., págs. 315 y 316.

avances legislativos y prácticos encontrados.

La LEC, regula de forma restringida la ejecución, y en otra, va más allá de este medio ejecutivo. Una medida cautelar consistente en omitir provisionalmente cierta conducta se ejecuta, de acuerdo con la remisión del art. 738.1 LEC, con un requerimiento al sujeto pasivo a que se abstenga de la conducta o actuación prohibida por la medida cautelar, con advertencia de los apremios personales o multas coercitivas procedentes en caso de incumplimiento, así lo dispone el art. 699 LEC.⁹¹⁶

Si se infringe la orden de abstención y cada vez que se infrinja – art. 710.1 párrafo 2º LEC, se producen, con arreglo al art. 710.1 párrafo primero LEC, tres consecuencias:

a) Requerimiento a deshacer lo indebidamente hecho para cuyo cumplimiento sí que pueden imponerse multas coercitivas. Obsérvese que de los dos fines de estas multas en el art. 11 LDC sólo subsiste, en la LEC, el de forzar la remoción de efectos de las conductas prohibidas.

b) Indemnización de los daños y perjuicios originados por los resultados irreversibles de la infracción. Tratándose de la ejecución de una medida cautelar, en lugar de la indemnización puede proceder un embargo preventivo para asegurar la ejecución de la condena de indemnización.

c) Requerimiento de abstenerse de reiterar el quebrantamiento de la orden de abstención, con apercibimiento de incurrir en delito de desobediencia a la autoridad judicial. El medio de coacción consistente en la sanción penal va más allá de lo dispuesto por el art. 11 LDC. Sin embargo debe hacerse notar que, aunque en términos psicosociales, la simple amenaza de sumisión a un proceso penal puede ser muy efectiva para forzar el cumplimiento, en términos jurídicos la multa coercitiva es más efectiva, porque el tribunal que la impone controla plenamente su imposición, mientras que una remisión al tribunal penal escapa de su poder coercitivo.⁹¹⁷

⁹¹⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las Medidas Cautelares*, op.cit., pag. 337.

⁹¹⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las Medidas Cautelares*, op.cit., pag. 338.

3.- La intervención y depósito de ingresos obtenidos mediante una actividad que se considere ilícita y cuya prohibición o cesación se pretenda en la demanda, así como la consignación o depósito de las cantidades que se reclamen en concepto de remuneración de la propiedad intelectual (artículo 727. 8 LEC)

Esta medida cautelar a pesar de encontrarse en la LEC, es específica para la protección de los derechos de autor, erróneamente denominados como “propiedad intelectual”. Esta cautela prevista en LEC reproduce lo dispuesto por el artículo 141.1 LPI.

Debemos señalar que esta medida cautelar a su vez contiene dos medidas cautelares diferentes, y ambas tratan de resguardar la pretensión principal de condena al pago de una indemnización, derivada de la infracción de los derechos de autor. Asimismo estas medidas buscan evitar los riesgos que hagan inejecutable la condena pecuniaria de la sentencia durante la pendency del proceso.

Ahora diferenciaremos las dos medidas cautelares que engloba este apartado:

3.1.- La intervención y depósito de los ingresos obtenidos mediante la actividad ilícita.

Esta medida cautelar será la más adecuada para aquellas modalidades de explotación cuyos ingresos constituyen la base para calcular las cantidades correspondientes a los autores.

La medida no puede ser adoptada por separado, esto es, intervención o depósito, sino que sólo puede ser acordada de forma conjunta, tal como la proposición “y” claramente indica. Por tanto, en aquellos casos en los que se pretenda únicamente la intervención o el depósito, en caso de ser posible esta segunda medida independientemente de la anterior, deberá acudirse a las previsiones de los números 2 ó 3 del art. 727.⁹¹⁸

⁹¹⁸ LARROSA AMANTE, Miguel Ángel, “Las Cautelas Indeterminadas...”, op.cit., pag. 182.

En términos generales un interventor es la persona que junto con el afectado con la medida administra el negocio de éste; pero para el caso de protección de los derechos de autor, lo que se pretende es intervenir las ganancias económicas que se obtengan con la actividad infractora. Ahora bien las facultades no las predetermina la ley, sino que ha de precisarlas el tribunal al conceder la medida cautelar.

El interventor cuenta con facultades de conocimiento de los actos de administración y de disposición, además está imbuido con una facultad de veto que, caso de ser ejercitada, impone que sea el tribunal quien decida sobre la realización del acto objetado. La ejecución puede instrumentarse, en este caso, como en las medidas que tienen como contenido obligaciones de no hacer: quien se halle en la posesión y administración del bien será requerido para no actuar sin previo conocimiento del interventor y, en su caso, sin la resolución del tribunal. La medida de intervención, se halla la posibilidad de modificarse en función de la conducta del sujeto pasivo respecto a su cumplimiento. Si éste incumple las obligaciones que el auto le impone en relación con la intervención, y en atención a la frecuencia y gravedad de los incumplimientos, su actuar constituye un cambio en el presupuesto de *periculum in mora*, que justifica una sustitución por una medida de administración judicial, en la que el sujeto pasivo es desposeído de los bienes con lo cual ya resulta indiferente su falta de colaboración.⁹¹⁹

Como señalábamos anteriormente la finalidad de la intervención para la protección de derechos de autor, es intervenir el dinero obtenido por una actividad infractora y en el mismo acto, o inmediatamente posterior, proceder al depósito de estas cantidades dinerarias. Es por ello que esta medida cautelar se encuentra relacionada directamente con la pretensión de cesación de la actividad infractora. Puesto que la intervención se realizará sobre los ingresos que se obtuvieron o incluso los que se vienen obteniendo o se obtendrán en el futuro, hasta que cese definitivamente la actividad infractora. Por el contrario, no existe la posibilidad de aplicar una intervención cuando la pretensión principal sea la prohibición de la actividad infractora, puesto que la prohibición lo que busca es evitar que se dé inicio a dicha actividad, y por lo tanto no se habrían obtenido ninguna ganancia, puesto que la infracción no llegó a ejecutarse. Por esta razón consideramos errado el art. 727.8 LEC, al señalar la pretensión de

⁹¹⁹ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las Medidas Cautelares*, op.cit. pag. 33 y 34.

“prohibición”, puesto que en la práctica no existen ingresos de una actividad que aún no se ha llevado a cabo.

3.2.- La consignación o depósito de las cantidades que se reclamen por concepto de remuneración de la propiedad intelectual

Estas medidas se utilizan para aquellas explotaciones cuya remuneración se determina mediante el establecimiento de una cantidad fija o tarifa general.⁹²⁰

La remuneración correspondiente a los titulares de derechos de propiedad intelectual, por la explotación de sus respectivas creaciones, debe ser en principio proporcional a los ingresos obtenidos por la explotación de que se trate, y sólo cuando ese criterio de proporcionalidad no pueda ser aplicado, cabrá acudir a una remuneración a tanto alzado.

El artículo 140 de la LPI establece una serie de pretensiones específicas referidas al derecho de explotación de los derechos de autor, que buscan obtener una indemnización de daños y perjuicios, y específicamente el numeral 2 de este artículo dispone que esta indemnización se fijará, a elección del perjudicado, de acuerdo a los siguientes criterios: a) la pérdida de beneficios que haya sufrido la parte perjudicada y los beneficios que el infractor haya obtenido por la utilización ilícita; y b) la cantidad que como remuneración hubiera percibido el perjudicado, si el infractor hubiera pedido autorización para utilizar el derecho de propiedad intelectual en cuestión. Es decir que la ley es muy específica y señala expresamente cuáles son las pretensiones que se solicitarán en el proceso.

Estas medidas cautelares se encuentran regidas por dos sustantivos: “intervención” y “consignación”, por lo tanto es evidente que nos estamos refiriendo a un embargo, y por lo tanto pertenecen a las medidas para futura ejecución forzosa.⁹²¹

⁹²⁰ ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela...*op.cit., pag. 445.

⁹²¹ VALLS GOMBAU, José Francisco, *Medidas...*op.cit., pag. 209; CARRASCO PERERA, Ángel, “Comentarios a los artículos 123 a 126 LPI”.....op.cit., pag. 1 703. y ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, *La tutela cautelar...*op.cit., pag. 3 773.

La ejecución de estas medidas cautelares afecta al dinero en efectivo obtenido mediante la actividad ilícita realizada por el infractor. Esta afectación en sus bienes, trata de impedir que el afectado se desprenda de ellos con la finalidad de quedar insolvente, volviendo inejecutable la sentencia final.

4.- El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción (artículo 727. 9 LEC)

El depósito es una medida cautelar que busca la entrega de una cosa mueble, y tiende a impedir que dicho bien pueda ser sustraído a la futura ejecución, conservándolos durante el transcurso del proceso para una ulterior entrega a la persona sobre quien lo disponga la sentencia del proceso principal.⁹²²

El régimen general de depósito se encuentra establecido en los arts. 625 a 628 LEC, a los que hay que añadir la norma limitadora de las facultades del depositario establecida por el art. 738.3 LEC. Para la protección de los derechos de autor, usualmente el tribunal considera necesario apoderarse de los bienes para entregarlos al depositario, por lo que se requerirá al sujeto pasivo de la medida para que los entregue y, si no accede al requerimiento, se ordenará que se ocupen los bienes, incluso con entrada y registro en los lugares cerrados en los que se prevea que éstos se hallasen; así lo dispone los arts. 699 párrafo 1º y 701.1 LEC.⁹²³

La medida cautelar del depósito se encuentra íntimamente relacionada con la pretensión de cese de la actividad ilícita, ya que en este caso especial funciona como un complemento para la efectividad de las medidas cautelares anticipatoria e inhibitoria, según sea el caso.

En cuanto se refiere a la protección de los derechos de autor, esta medida

⁹²² SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Las medidas cautelares...* op.cit., pag. 53 y 54.

⁹²³ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las Medidas Cautelares*, op.cit. pag. 205.

cautelar está por un lado y en cuanto afecta al depósito del material empleado para la producción ilícita, en función de las denominadas acciones de remoción (establecidas en el art. 1391.e LPI), y además es consecuencia y complemento de las de cesación, pues con aquella se trata de eliminar los medios materiales a través de los cuales se realizó el ilícito, mediante destrucción de esos medios.

En cuanto se refiere al secuestro de ejemplares y objetos ilícitamente producido, está en función: a) bien de la pretensión tendente a la retirada del mercado y su destrucción, de acuerdo a lo establecido en el artículo 139.1 c) LPI; o bien, b) al denominado comiso indemnizatorio, mediante el cual se ofrece al titular del derecho la posibilidad de hacer suyos los ejemplares u objetos producidos a precio de coste y a cuenta de la ulterior indemnización de perjuicios, contemplado en el art. 139.3 LPI.

Distinta es la medida consistente en el “embargo de los equipos, aparatos y materiales a que se refiere el artículo 25” (artículo 141.5 LPI), que no está en función de la pretensión de remoción sino de la dirigida a obtener la remuneración por copia.⁹²⁴

La medida se detiene, sin embargo, en el secuestro o depósito, sin que sea posible la destrucción o inutilización hasta que exista sentencia firme. Con todo, y aunque no sea frecuente que se plantee el supuesto en los casos a que se refiere el artículo 727.9º, queda a salvo la posibilidad de la enajenación, previa providencia del Tribunal, “si concurren circunstancias tan excepcionales que resulte más gravosa para el patrimonio del demandado la conservación que la enajenación”, así lo contempla el artículo 738.3 LEC.

En todo caso, el depósito puede hacerse efectivo mediante el precinto de los aparatos u otros medios de reproducción, siempre que con ello sea suficiente para garantizar el cese de la actividad ilícita.

Finalmente, el secuestro de ejemplares u objetos no debe alcanzar a los terceros adquirentes de buena fe, esto es, desconocedores de la procedencia ilícita de aquellos, siempre que esa adquisición se realice para uso personal. Así lo prevé expresamente el

⁹²⁴ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...op.cit.*, pag. 719.

artículo 139.4 de la LPI concretando, por lo demás, lo que no es sino manifestación del principio general de protección de terceros de buena fe, bajo ciertas condiciones, en este caso, la permanencia del objeto en manos del adquiriente para su uso personal y por tanto, sin salir nuevamente al mercado.⁹²⁵

Esta medida cautelar comprende dos medidas cautelares al mismo tiempo, puesto que puede recaer sobre dos tipos distintos de bienes del afectado: d.1) ejemplares producidos, y d.2) material empleado para su producción.

4.1.- Depósito temporal de ejemplares producidos.

La medida cautelar busca conservar todos aquellos bienes que por sí mismos constituyen la violación al derecho de autor. Estos bienes pueden ser de diversa índole, por ejemplo, libros piratas por fotocopias; o CD piratas por copia de música; o DVD piratas con copias de vídeos, películas, etc. Es decir que se sustrae de la posesión del infractor todos los bienes que constituyen por sí mismos el producto resultante de la infracción.

Uno de los objetivos más importantes que se busca con esta medida cautelar es evitar que el infractor pueda desprenderse de estos bienes, impidiendo que proceda a la distribución de los mismos; ya sea que se encuentre en plena acción de distribución o esté a punto de iniciarla.

Otra función importantísima que cumple esta medida cautelar, es evitar que se abastezca el mercado con estos productos piratas. Es decir en caso que el infractor llegue a distribuir y vender todos los bienes piratas, se habrá saturado el mercado, haciendo imposible que el autor pueda distribuir su obra. El autor se vería en la irremediable situación de una carencia de mercado, en el cual no puede vender su creación puesto que no hay compradores.

⁹²⁵ GARBERÍ LLOBREGAT, José y otros, *Las Medidas Cautelares en la...*op.cit., pag. 720.

4.2.- Depósito temporal del material utilizado para la producción de los ejemplares.

Esta medida cautelar procede sobre el material con el que se comete la infracción de reproducción, es decir que se sustraen de la posesión del infractor todos aquellos bienes que sin ser el producto resultante de la infracción, es evidente que serán utilizados para este fin.

Con la palabra “material” la ley se refiere a todos los insumos, instrumentos y elementos, que se encuentren en el mismo lugar o establecimiento, donde se realiza la actividad infractora. Así como todos aquellos moldes, planchas, matrices, negativos y demás instrumentos; incluyendo otros materiales como: tintes, tampones, grabados, ordenadores, disquetes, cintas, etc.⁹²⁶

5.- Aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio (artículo 727. 11 LEC)

La LEC es muy clara al establecer que pueden adoptar cualquier otro tipo de medida cautelar, que no se encuentra enumerada en el artículo 727, y que se encuentre establecida en una norma especial; es decir que se legitiman todas las medidas cautelares estudiadas en la LPI.

El órgano jurisdiccional, podrá adoptar además cualquier otra medida cautelar siempre y cuando sean idóneas y se estimen necesarias para asegurar tanto la efectividad de la tutela judicial como para proteger los derechos de autor. Es decir que el legislador deja abierta la posibilidad de que se puedan adoptar otras medidas cautelares, provenientes de una legislación especial, siempre y cuando se cumpla con los presupuestos y requisitos necesarios para su adopción válida.

⁹²⁶ BARONA VILAR, Silvia, “Tutela cautelar en materia de propiedad intelectual”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 24, diciembre 1997, pag. 218.

Este artículo es de enorme amplitud, es autosuficiente y permite una ilimitada variedad de medidas cautelares, literalmente señala que el juez puede acordar como medida cautelar que estime necesarias para la efectividad de la tutela judicial. Dentro de esta libertad concedida, el actor es libre de solicitar cualquier tipo de medida cautelar sin limitaciones a priori, siempre que cumpla con los requisitos de ley.

Cabe aquí toda actuación razonable; desde las más tradicionales, como la intervención o la administración judicial, la anotación preventiva de demanda, el depósito de la cosa mueble, hasta las más innovadoras, como: a) publicación de la interposición de la demanda; b) la comunicación a determinadas personas de la existencia del pleito; c) las prohibiciones de entrada en instalaciones de producción o de servicios; d) las prohibiciones de disponer; e) la prohibición de interponer demanda sobre un determinado objeto procesal o en un determinado territorio, incluso por la amplitud de la dicción no cabría descartar las ya famosas *freezing orders*, como en la actualidad se les viene denominando a las *Mareva injunctions*; o las conocidas *cross border injunctions*.⁹²⁷

⁹²⁷ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas cautelares...* op.cit., pag. 685.

VII.- MEDIDAS CAUTELARES DE OTRAS PRETENSIONES EJERCITABLES PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE AUTOR

Como señalamos anteriormente, la LPI prevé dos acciones típicas o específicas, que son la de cese de la actividad infractora y la indemnización de daños y perjuicios; pero deja a salvo cualesquiera otras que puedan corresponder al titular del derecho; es decir que existe una tutela genérica. Ahora bien dentro de estas acciones genéricas, se pueden deducir cualquiera que convenga al interés del titular del derecho de autor infringido.

Antes de iniciar el estudio de estas medidas cautelares debemos realizar algunas advertencias: primero, los derechos de autor son derechos especiales, y sólo con el afán de agotar todas las posibilidades de protección, hemos prolongado el estudio de los derechos de autor como si se tratase de un derecho de propiedad lato, si bien es cierto consideramos que esto tiene una importancia teórica, en la práctica no hemos encontrado estas pretensiones en la realidad (p.e. una proceso de interdicto de retener para los derechos de autor, o una tercería de los derechos cedidos en un contrato de edición, o una reivindicación de una escultura, etc.); segundo, al haber realizado un estudio teórico de estas pretensiones, de la misma forma realizaremos un estudio teórico de las medidas cautelares que podrían proteger su efectividad, pero nos ha sido muy difícil encontrar doctrina especializada, (p.e. no existe una teoría sobre las medidas cautelares en la reivindicación de derechos de autor, o un tratado sobre la tutela cautelar en el incumplimiento de contratos de edición, etc.) de la misma forma los artículos de revistas, se refieren sólo a derechos sustantivos, pero nunca procesales; tercero, consecuencia de todo esto, es que no hemos encontrado jurisprudencia sobre medidas cautelares para estas pretensiones específicas, dado que su uso en la práctica es casi nulo; cuarto, sin embargo queremos hacer un brevísimo estudio sobre las medidas cautelares que podrían proteger estos derechos, pero como se verá, en muchas ocasiones (por no decir todas) coincidimos en que las medidas idóneas son las cautelas típicas, como el embargo o el depósito de la LEC, o la cesación de la actividad infractora, o la intervención y depósito de las ganancias obtenidas con dicha actividad, contempladas en la LPI, por ello nos remitimos a todo lo que hemos estudiado anteriormente, a lo largo de la presente investigación.

Habiendo hecho esta advertencia, procederemos a analizar brevemente cuales son las medidas cautelares específicas idóneas para cada una de estas pretensiones que estudiamos anteriormente.

1.- Pretensión declarativa de dominio

Como dijimos anteriormente esta pretensión es utilizada con más frecuencia entendida en sentido amplio, y referida no sólo al reconocimiento del derecho de dominio sino también al reconocimiento de titularidad de alguno de los derechos de autor.

Esta pretensión se encuentra dentro de las llamadas merodeclarativas, a través de esta el actor solicita que se le declare propietario judicialmente, logrando la finalidad de hacer cesar una situación de inseguridad jurídica; además en caso de que otra persona se atribuya el mismo derecho de propiedad, será el tribunal el que en definitiva resuelva este conflicto determinando judicialmente quien es el verdadero propietario del bien, eliminando una incertidumbre jurídica.⁹²⁸

El artículo 14.3 LPI otorga al titular de los derechos de autor la posibilidad de exigir el reconocimiento de su condición de autor; éste es un derecho absoluto que impone un deber de reconocimiento en toda la colectividad. La infracción a este derecho puede consumarse en el supuesto que una persona distinta al autor se atribuya indebidamente esta condición, asimismo se produce esta infracción cuando se desconozca abiertamente esta condición al legítimo autor.

Las medidas cautelares idóneas para proteger esta pretensión son las siguientes:

A.- La Anotación Preventiva de demanda

Como en el proceso principal se discute la titularidad del derecho de autor, es evidente que el demandante considera que él es el verdadero propietario en lugar del

⁹²⁸ GONZÁLEZ POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*, Editorial Bosch S.A., Barcelona 2002, pag. 48.

demandado. Entonces esta medida cautelar otorga publicidad mediante el Registro de que se ha dado inicio a un proceso en el que se discute la condición de autor de determinada obra.

Esta medida cautelar la encontramos en el artículo 727. 5 LEC, que contempla la anotación preventiva de demanda, cuando ésta se refiera a bienes o derechos susceptibles de inscripción en Registros públicos. Como sabemos los derechos de autor tienen un registro propio que es el Registro de Propiedad Intelectual, en donde se realizará la anotación de la incoación de la demanda.

La seguridad jurídica y del tráfico que ofrece el registro puede verse interferida por la resolución judicial que resuelva el litigio, dado que el objeto del proceso (declaración de la autoría de una obra) presenta una trascendencia registral, es decir, que es susceptible de afectar, directa o indirectamente, al contenido del registro.⁹²⁹ Por lo tanto, el proceso puede someter a crisis la estabilidad de los libros registrales, bien porque la propia situación registral se convierta en objeto del proceso, esto es, en la *res litigiosa*, bien porque el contenido del proceso implique algún tipo de trascendencia registral.⁹³⁰ Si el proceso convierte en litigiosos los bienes, los derechos y las situaciones o relaciones jurídicas que constituyen el objeto del mismo, colocando los mismos en una situación de interinidad, es necesario que esa litigiosidad e interinidad consten en el registro, para que éste sea efectivamente un fiel trasunto de la realidad jurídica, y, por ende, un eficaz instrumento de seguridad jurídica.⁹³¹

⁹²⁹ DE LA RICA MARITORENA, Ramón, “La anotación preventiva en general”, en *RCDI*, 1977, pag. 397; PEREZ DAUDÍ, Vicente, *Las medidas cautelares...* op.cit., pag. 204; MONTES REYES, Amalia, en “La anotación preventiva de la demanda como manifestación de la Justicia preventiva”, *Sistema de Medidas Cautelares*, IX Reunión de profesores de Derecho procesal, ed. EUNSA, Pamplona, 1974, pag. 205.

⁹³⁰ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *La anotación preventiva de demanda*, Bosch, Barcelona, 1980, pag. 16, MARTÍN PASTOR, José, *La anotación preventiva como medida cautelar y el registro*, San José S.A., Madrid, 2001, pag. 65. Asimismo la SAP de Castellón, de 25 de abril de 1991 señala lo siguiente: “la anotación cautelar es el medio técnico de conectar el proceso al sistema de publicidad registral, de modo que al lado de cada situación registrada puedan hacerse constar las diversas vicisitudes de su litigiosidad”

⁹³¹ MARTÍN PASTOR, José, *La anotación preventiva...* op.cit., pags. 65 y 66; NAVARRO MARTÍNEZ, L.A., “Las anotaciones preventivas por mandamiento judicial y el impuesto de actos jurídicos documentados”, en *RJC*, 1973, pag. 128; DE LA RICA Y ARENAL, Ramón, *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*, Aguilar, Madrid, 1945, pags. 216 y 217; PARDO NÚÑEZ, Celestino, *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Marcial Pons, Madrid, 1997, pag. 15; TROCKER, Nicolás, *L'intervento per ordine del giudice*, Milán, 1984, pags. 61 y sgtes., en el que señala lo siguiente: “...la sentencia tiene una eficacia “fuerte”, aunque con alcance sólo *inter partes*; la anotación, en cambio, tiene una eficacia mas débil, pero con valor *erga omnes*; se trataría de conjurar (sumar) ambos factores. La

La finalidad de esta medida cautelar específica es dar publicidad a la demanda a través del Registro de Propiedad Intelectual, es la forma de advertir a toda la comunidad de que existe un litigio por los derechos de autor de determinada obra. El objeto de esta inscripción es poner en conocimiento de terceros, en caso de celebrar un contrato por los derechos de explotación sobre dicha obra, es por cuenta y riesgo propio, sobre todo en caso que el accionante tenga éxito en el proceso principal y se le declare verdadero propietario de la obra artística.

Consecuencia lógica de la función de la anotación de demanda o asimilada como puente entre el registro y el proceso, es que la misma presenta una naturaleza jurídica doble. Desde la perspectiva registral, tal anotación preventiva es un asiento registral que “anuncia sucintamente la existencia del proceso y su objeto con el fin de servir de publicidad respecto de terceros”⁹³²; desde la óptica procesal, tal anotación constituye una medida cautelar, destinada a garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria.⁹³³

Esta publicidad que otorga la inscripción, trata de evitar que se produzca un conflicto entre el autor y terceras personas. Sin embargo, en la LPI, encontramos en el artículo 65.2 referido a las obligaciones del autor en el contrato de edición, que el autor deberá responder ante el editor de la autoría y originalidad de la obra y del ejercicio pacífico de los derechos que le hubiese cedido, por lo tanto tendrá responsabilidad en caso de no ser el verdadero autor de la obra.

anotación, en cuanto consiga impliar en el juicio a todos los que adquieran derechos en la cosa litigiosa, logra que la sentencia que se dicte sea auténticamente componedora del (entero) conflicto.”

⁹³² MARTÍNEZ PARDO, Jesús María, “La anotación de demanda. La anotación de embargo, secuestro y prohibición de disponer” en AAVV., Derecho hipotecario, en *BDPCGPJ* (38 /1994. Código CC943807), pag. 91; PARDO NÚÑEZ, Celestino, *Anotaciones judiciales...op.cit.*, pag. 68, señala lo siguiente: “La publicidad afecta a tercero, aunque demuestre que no conoció o tuvo oportunidad de conocer. La publicidad sienta una ficción de conocimiento y vincula a todos, con independencia de que conozca o no y de la diligencia que hubiesen empleado para obtener el conocimiento. En este punto insiste la doctrina italiana, como PAVONE LA ROSA, Antonio, *El registro delle imprese. Contributto alla teoria della pubblicità*, Milán, 1954, pags. 132 a 135.

⁹³³ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, *Elementos de Derecho Civil, III bis. Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1984, pag. 221; ROCA SASTRE, Ramón María, “Anotación preventiva de demanda, en caso de obligación de entregar unos pisos a construir”, en *Diciámenes jurídicos, II*, Bosch, Barcelona, 1984, pag. 1051. Asimismo tenemos jurisprudencia de AP de Madrid (Secc.19.^a), de 23 de octubre de 1996, que señala lo siguiente: “cualquier medida cautelar que tienda a dar publicidad a la interposición de la demanda está protegiendo a los terceros de buena fe, al tiempo que da seguridad al tráfico jurídico y evita situaciones perjudiciales de futuro”.

A.1) Iniciativa de parte

Esta medida cautelar se inicia con la solicitud de la anotación en el Registro de Propiedad Intelectual, dado el principio de justicia rogada o principio dispositivo (antes estudiado), es necesaria e indispensable la instancia de parte.

Cabe destacar también que para las anotaciones preventivas cautelares no se exige a su solicitante ningún requisito especial de legitimación, como sucede en el caso de la medida cautelar de suspensión de los acuerdos sociales impugnados, art. 727.10 LEC.

A.2) Presupuestos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*

Una vez que el tribunal haya comprobado la existencia de todos los requisitos necesarios para dictar cualquier otra medida cautelar, se dispondrá que se anote la incoación de la demanda en el Registro de Propiedad Intelectual. Sin embargo, debemos señalar que en este tipo especial de medida cautelar, en realidad, no produce una injerencia grave en el círculo personal y patrimonial del afectado. Por ello es que analizaremos los requisitos de *fumus boni iuris* y *periculum in mora*, que a primera vista pareciera que no son tan estrictos como en las demás medidas cautelares.

Como es evidente al tratarse de una medida cautelar referida a la pretensión declarativa del derecho de autor, el solicitante deberá acreditar desde el inicio que es el verdadero autor de la obra, ya sea porque la misma hasta ahora no tenía autor (anónima) o sino en contra de otra persona que se atribuye dicha titularidad, es decir que deberá presentar un principio de prueba acerca de su buen derecho (*fumus boni iuris*). En esto no existe ninguna diferencia con cualquier otra medida cautelar, incluso toma una importancia determinante puesto que lo que pretende el accionante es que al final del proceso principal se le reconozca como titular del derecho de autor, por lo tanto toda su prueba estará destinada no solo a acreditar la apariencia del derecho sino incluso en casos determinados su certeza.

El órgano jurisdiccional deberá realizar un juicio de derecho para determinar si la anotación preventiva de demanda procede, para ello es necesario que exista una

probabilidad cualificada de éxito de la pretensión deducida, basada en los medios de prueba aportados por el peticionante.⁹³⁴

En cambio el *periculum in mora*, es menos estricto en esta medida cautelar de inscripción de demanda, puesto que en realidad el transcurso del proceso principal en principio no generará ningún daño al accionante. Sin embargo, la pretensión declarativa de dominio en la mayor parte de ocasiones estará acumulada con una pretensión de cese de la actividad infractora o de enriquecimiento injustificado (si se ejercita contra otra persona que se atribuye la titularidad del derecho de autor) entonces sí existiría un *periculum in mora* evidente pero no respecto a la medida cautelar de inscripción, sino que éstas acciones acumuladas (cese o enriquecimiento injustificado) también deben estar protegidas por otras medidas cautelares idóneas para garantizar su efectividad. Pero ahora la medida cautelar que nos ocupa es diferente, y por lo tanto el *periculum in mora* no será tan estricto, y si el solicitante de la cautela acredita fehacientemente el requisito de *fumus boni iuris*, el tribunal accederá a la inscripción de la medida, sobre todo para dar publicidad a la iniciación del proceso advirtiendo (protegiendo) a terceros.

En otras palabras, no se exige que concurra un peligro en la demora más o menos cualificado para la concesión de la anotación preventiva de demanda, sino que, en este caso, es suficiente el propio peligro genérico que resulta de la interposición de una demanda que tenga trascendencia registral, a causa de la posible operatividad de los principios de legitimación registral y de buena fe respecto de terceros.⁹³⁵

⁹³⁴ MARTÍN PASTOR, José, *La anotación preventiva...* op.cit., pag. 165. Asimismo, CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, *Comentarios a la legislación hipotecaria 5*, Aranzadi, Pamplona, 1983, pag. 773, señala lo siguiente: "... el juzgador, en virtud de su prudente arbitrio, para adoptar la anotación preventiva de demanda deberá verificar si la acción ejercitada puede ser protegida por ese asiento y si los documentos que se presentan al efecto son bastantes."

⁹³⁵ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *La anotación preventiva...* op.cit., pags. 122 a 124, señala lo siguiente: "... el carácter objetivo del *periculum in mora* hace que el mismo pierda el carácter de presupuesto de la anotación preventiva de demanda para convertirse en algo connatural a la medida misma, en su propio fundamento"; en el mismo sentido el autor en *Enjuiciamiento civil*, II, Bosch, Barcelona, 1997, pag. 763; FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel, *Derecho procesal civil, La Ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, tomo III, Ecera, Madrid, 1995, pag. 436; ANGUERA DE SOJO PEYRA, O. y ANGUERA DE SOJO SALVÁ, O., "Las medidas cautelares en el proceso civil", en AAVV, *Estudios sobre Derecho procesal*, II, (director DIEZ-PICASO GIMENEZ), Sopec, Madrid, 1995, pag. 1856. Sobre la utilidad de la anotación preventiva de demanda o sobre las consecuencias negativas de su no adopción o su práctica con retraso, la RDGRN de 6 de julio de 1962; la SAP de Girona de 18 de noviembre de 1994, y la STS (Sala 1.ª) de 3 de julio de 1997, en la que se puede leer que: "fue cuestión de horas, la precedencia de la anotación preventiva a la de la celebración de la subasta, pero el principio de seguridad jurídica, en relación al *brocardo potior in tempore*, no puede hacer distinciones en prioridades temporales de unidad en minutos, horas, días o meses."

A.3) Expedición y ejecución de la resolución que adopta la anotación

Según ORTELLS RAMOS para que se pueda practicar una anotación preventiva cautelar son necesarios tres elementos fundamentales: a) una resolución judicial que la acuerde cuando concurren los presupuestos necesarios para su adopción; b) un acto de comunicación entre el órgano jurisdiccional y el registrador correspondiente, que se instrumente a través de un determinado vehículo documental que sea portador de la actuación judicial determinante de la operación registral que haya de practicarse (el mandato judicial que ordene la anotación); y, c) una actividad de dicho registrador de auxilio a la justicia consistente en la práctica del asiento en el registro.⁹³⁶

A diferencia de lo que sucede con las otras medidas cautelares, en las que para su cumplimiento habrá que emplear “los medios que fueran necesarios, incluso los previstos para la ejecución de sentencias” (art. 738.1 LEC), la anotación preventiva cautelar no plantea grandes problemas en este sentido, pues puede ser ejecutada o actuada prescindiendo de la voluntad del sujeto afectado por ella.⁹³⁷

La expedición del mandato por el juez pone fin a la actividad jurisdiccional y la recepción del mismo por el registrador da inicio a la actividad administrativa de auxilio a la justicia.⁹³⁸

Finalmente, debemos señalar que esta publicidad que otorga la inscripción es a instancia de una medida cautelar, que es totalmente diferente a la pretensión de publicación de sentencia, que podrá ejercitar el peticionante una vez que obtenga del tribunal una resolución final favorable, por lo tanto no se pueden confundir estas dos figuras, totalmente distintas.

⁹³⁶ ORTELLS RAMOS, Manuel, *La tutela ...* op.cit. pag. 78; MARTÍN PASTOR, José, *La anotación preventiva...* op.cit., pag. 587.

⁹³⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel, “Propuestas para la reforma de la tutela cautelar en el proceso civil”, en *AC*, Nro. 42, 1996, pags. 925 a 936.

⁹³⁸ MONTES REYES, Amalia, “La anotación preventiva de demanda como manifestación de la justicia preventiva”, en AAVV *El sistema de medidas cautelares*, Eunsa, Pamplona, 1974, pag. 229; y en “Registro y Proceso: anotaciones preventivas”, *Publicaciones del departamento de Derecho procesal*, Salamanca, pag. 118.

B.- El depósito de la obra

En caso que la pretensión merodeclarativa se refiera a una obra física, ya sea un cuadro, una escultura, el manuscrito (de puño y letra del autor) de un libro, la primera cinta fonográfica de una canción, etc. además de pretender la declaración como titular del derecho de autor, en caso de encontrarse en posesión de otra persona en contra de quien se acciona (puesto que indebidamente se irroga la condición de autor de la obra) o contra un tercero, esta pretensión estará acumulada con la pretensión de entrega del bien. Sólo si nos encontramos ante estas dos situaciones concurrentes, se podrá solicitar la medida cautelar de depósito del bien.

Como lo señalamos anteriormente, el depósito es la medida cautelar que busca la entrega de una cosa mueble (bien litigioso), y tiende a impedir que dicho bien pueda ser sustraído a la futura ejecución, conservándolo durante el transcurso del proceso para una ulterior entrega a la persona sobre quien lo disponga la sentencia del proceso principal.⁹³⁹

El depósito de cosa mueble, se encuentra establecido como una medida cautelar específica de artículo 727.3 LEC. Consideramos que es la medida idónea puesto que existe una discusión respecto de la propiedad del bien (obra artística), para el caso de los derechos de autor, tiene por la finalidad de evitar el deterioro, pérdida, ocultamiento o enajenación de la obra de arte en sí.

En todo lo que respecta al depósito nos remitimos al CAPÍTULO IV, Sub-Capítulo VI.- MEDIDAS CAUTELARES ESTABLECIDAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL REFERIDAS A LOS DERECHOS DE AUTOR, numeral “4.- El depósito temporal de ejemplares de las obras u objetos que se reputen producidos con infracción de las normas sobre propiedad intelectual e industrial, así como el depósito del material empleado para su producción”; de la presente investigación.

⁹³⁹ SERRA DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Las medidas cautelares...op.cit.*, pag. 53 y 54; PEREZ DAUDÍ, Vicente, *Las medidas cautelares... op.cit.*, pags. 213 y 214; CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal civil*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1997, pags. 483 y sgtes..

C.- El embargo preventivo para indemnización de daños y perjuicios

Tal como lo señalamos anteriormente, a la pretensión meramente declarativa se pueden acumular otras acciones, y en caso que ésta se encuentre dirigida en contra de otra persona, también podrá solicitarse la indemnización de los daños y perjuicios que se hayan ocasionado al accionante.

Para asegurar el pago de dicha indemnización, se podrá solicitar la medida cautelar de embargo. El término embargo designa un conjunto de actividades cuya principal finalidad es afectar bienes concretos del patrimonio del afectado a una concreta ejecución frente a él despachada, con la finalidad de asegurar que no se desprenda de sus bienes y hacer inejecutable el pago de la indemnización. El embargo es necesario como acto ejecutivo, porque es el único medio de determinar qué bienes de entre los que forman el patrimonio del deudor van a responder de una ejecución concreta, y porque los actos de realización no serían posibles sin una afección previa.⁹⁴⁰

En caso que el proceso principal establezca que el demandante fue víctima de daños y perjuicios, se ordenará a la parte vencida para que pague la indemnización y con la finalidad de asegurar dicho pago, se procederá al embargo de bienes de acuerdo a lo establecido en las medidas cautelares específicas establecidas en el artículo 727.1 LEC.

Ahora bien en el estudio de este embargo preventivo nos remitimos a lo desarrollado en el CAPÍTULO IV, Sub – Capítulo VI.- MEDIDAS CAUTELARES ESTABLECIDAS EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL REFERIDAS A LOS DERECHOS DE AUTOR, numeral “1.- El embargo preventivo de bienes, para asegurar la ejecución de sentencias de condena a la entrega de cantidades de dinero o de frutos, rentas y cosas fungibles computables a metálico por aplicación de precios ciertos”; de la presente investigación.

⁹⁴⁰ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, Miguel Ángel, *La ejecución forzosa y las medidas...* op.cit. pag. 266.

2.- Pretensión reivindicatoria

Como lo señalamos anteriormente, el concepto de la pretensión reivindicatoria lo encontramos en el párrafo 2º del artículo 348 CC, éste señala que es la pretensión que tiene el propietario que no posee contra el poseedor, que frente al propietario, no puede alegar un título jurídico que justifique la posesión.⁹⁴¹ En sentido estricto, la pretensión reivindicatoria se funda en un derecho real de propiedad, y cuya finalidad fundamental en la restitución de su posesión. La jurisprudencia corrobora esta definición, y afirma que es la pretensión por la que “el propietario no poseedor hace efectivo su derecho a exigir la restitución de la cosa del poseedor no propietario”.

Para esta pretensión podrán solicitarse las siguientes medidas cautelares:

A.- Depósito de la obra artística

Dado que en la pretensión reivindicatoria lo que se pretende es la restitución de la posesión del bien mueble (puesto que se trata de una obra artística en sí misma, como un cuadro, una escultura, una maqueta, etc.) la medida cautelar idónea por excelencia para esta pretensión es el depósito.

La regulación específica de este depósito lo encontramos en el artículo 727.3 LEC que señala lo siguiente: “Podrán acordarse entre otras, la medida cautelar de: 3. El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.” Al tratarse de una discusión respecto a la posesión del bien, reiteramos la idoneidad de esta medida cautelar. Asimismo serán de aplicación para la ejecución del depósito las normas contempladas en los artículos 625 a 628 LEC. Finalmente debemos indicar que nos remitimos a lo desarrollado anteriormente respecto del depósito en la presente investigación.

B.- Embargo preventivo

A esta pretensión de reivindicación también se podrá acumular otras

⁹⁴¹ En este sentido la STS de 1 de marzo de 1954, citada en las de 25 de junio de 1998 y 28 de septiembre de 1999.

pretensiones, la más frecuente es la de indemnización de daños y perjuicios; y con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la ejecución del pago de dicha indemnización se podrá solicitar el embargo de los bienes del demandado, impidiendo que se desprenda de su patrimonio, haciendo inefectiva la sentencia final del proceso principal.

3.- La tercería de dominio

Como lo señalamos en su momento la tercería de dominio se encuentra establecida en los artículos 594 y siguientes, además del artículo 729 de la LEC. La tercería se encuentra regulada como un incidente dentro del proceso. La tercería se ejercita en contra de una medida cautelar de embargo preventivo, con la finalidad que se levante dicho embargo.

Este incidente se denomina “tercería” puesto que la pretensión es ejercida por una “tercera” persona ajena a la relación que existe entre el solicitante de la medida cautelar y el afectado con dicha medida, lo que se pretende con la tercería es el alzamiento del embargo, alegando que el bien afectado es de propiedad del accionante. Precisamente por la alegación de la propiedad del bien en disputa, es que a esta tercería se le denomina “de dominio”.

Como lo dijimos anteriormente cumple la función de una medida cautelar inhibitoria puesto que uno de los efectos más importantes de la admisión de este incidente es que se suspenderá la ejecución del bien a que se refiera, así lo establece expresamente el artículo 598.1 LEC. Ahora bien esta suspensión se refiere únicamente al bien específico señalado en la demanda de tercería, puesto que el embargo podría afectar a más de un bien, como usualmente lo es en la práctica.⁹⁴²

También señalamos antes que al tratarse de un incidente, en la práctica no se ha acumulado nunca una pretensión de indemnización de daños y perjuicios, no obstante se podrá solicitar esta indemnización en un proceso a parte y nuevo. Por lo que queda descartado un embargo para el aseguramiento del pago de dicha indemnización, dentro

⁹⁴² GARBERÍ LLOBREGAT, José, *Las Medidas Cautelares...* op.cit., pag. 214.

de un incidente de tercería de dominio. Más bien deberán de solicitarse las medidas cautelares que se consideren convenientes en aquél proceso de indemnización de daños y perjuicios.

4.- Las pretensiones derivadas de los distintos contratos relacionados con derechos de autor.

Como señalamos en su oportunidad la LPI regula expresamente dos contratos importantes: a) el contrato de edición, b) el contrato de representación teatral y ejecución musical. En cada uno de estos contratos encontraremos dos partes que se obligan mutuamente a una o más prestaciones, las cuales en caso de incumplimiento total, parcial o defectuoso, podrán accionar solicitando tutela judicial efectiva.

Ahora bien, para proteger la ejecución efectiva de estas pretensiones, los demandantes podrán solicitar junto con la demanda las medidas cautelares idóneas para proteger sus derechos. Así podemos señalar los siguientes casos específicos:

5.1.- Nulidad del Contrato

Tal como lo establece el artículo 61 LPI, cualquiera de las partes podrá solicitar la nulidad del contrato en caso de no contar con los requisitos indispensables para su validez plena. En caso que la nulidad del contrato genere daños y perjuicios a una de las partes, podrán solicitar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados.

A.- Anotación preventiva de demanda

Los derechos de autor son susceptibles de inscripción en el Registro de Propiedad intelectual, por lo que procederá la anotación de la demanda de nulidad en contrato, con la finalidad de dar publicidad a la incoación de dicho litigio.

Consecuencia lógica de la función de la anotación de demanda o asimilada como puente entre el registro y el proceso, es que la misma presenta una naturaleza jurídica doble. Desde la perspectiva registral, tal anotación preventiva es un asiento registral que

“anuncia sucintamente la existencia del proceso y su objeto con el fin de servir de publicidad respecto de terceros”⁹⁴³; desde la óptica procesal, tal anotación constituye una medida cautelar, destinada a garantizar la efectividad de la eventual sentencia estimatoria.⁹⁴⁴

B.- Embargo preventivo

Con la finalidad de asegurar el pago de la indemnización de daños y perjuicios, el accionante podrá solicitar el embargo de los bienes de la parte contraria, el mismo que se tramará sobre los bienes suficientes para cubrir el monto de los daños y perjuicios ocasionados.

Este embargo es preventivo, puesto que sólo después de que en el proceso principal se haya determinado la existencia real de los daños y perjuicios, y que además el tribunal haya fijado su monto en dinero, es que se procederá a la ejecución, convirtiéndose este embargo preventivo en ejecutivo.

5.2.- Incumplimiento en el pago de la remuneración

En caso de los contratos ya sea de edición o de representación y ejecución, la parte que contrata al artista está obligada a remunerar su actuación. Es evidente que esta obligación es netamente pecuniaria, por lo que en caso de incumplimiento de esta prestación, el autor podrá solicitar una medida cautelar para asegurar el pago en moneda. Es decir que es un incumplimiento de una obligación de dar suma de dinero.

⁹⁴³ MARTÍNEZ PARDO, Jesús María, “La anotación de demanda. La anotación de embargo, secuestro y prohibición de disponer” en AAVV., Derecho hipotecario, en *BDPCGPJ* (38 /1994. Código CC943807), pag. 91; PARDO NÚÑEZ, Celestino, *Anotaciones judiciales...op.cit.*, pag. 68, señala lo siguiente: “La publicidad afecta a tercero, aunque demuestre que no conoció o tuvo oportunidad de conocer. La publicidad sienta una ficción de conocimiento y vincula a todos, con independencia de que conozca o no y de la diligencia que hubiesen empleado para obtener el conocimiento. En este punto insiste la doctrina italiana, como PAVONE LA ROSA, Antonio, *El registro delle imprese. Contributto alla teoria della pubblicità*, Milán, 1954, pags. 132 a 135.

⁹⁴⁴ LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, *Elementos de Derecho Civil, III bis. Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1984, pag. 221; ROCA SASTRE, Ramón María, “Anotación preventiva de demanda, en caso de obligación de entregar unos pisos a construir”, en *Diciámenes jurídicos, II*, Bosch, Barcelona, 1984, pag. 1051. Asimismo tenemos jurisprudencia de AP de Madrid (Secc.19.^a), de 23 de octubre de 1996, que señala lo siguiente: “cualquier medida cautelar que tienda a dar publicidad a la interposición de la demanda está protegiendo a los terceros de buena fe, al tiempo que da seguridad al tráfico jurídico y evita situaciones perjudiciales de futuro”.

El embargo preventivo

Con la finalidad de asegurar el pago de la remuneración que el juez dispondrá en el proceso iniciado por el incumplimiento de contrato, el artista podrá solicitar que se embarguen los bienes suficientes para responder por el monto total de la remuneración además de los intereses generados hasta la fecha en que se realice el pago total de la misma.

Además el embargo asegurará el pago de los daños y perjuicios que de existir se hubieran ocasionado al artista el retraso en el pago de su remuneración, en caso que así lo haya solicitado en la demanda.

En conclusión, este embargo preventivo cumple la función de asegurar dos pretensiones pecuniarias, una es el pago de la remuneración debida, y en segundo lugar la indemnización de los daños y perjuicios que haya ocasionado la ejecución de la obligación, si lo hubiere.

5.3.- Incumplimiento de las obligaciones del artista

En los derechos de autor las prestaciones establecidas en los contratos son personalísimas, o como indicamos anteriormente, infungibles, esto debido a que se contrata con determinado escritor, compositor, pintor, etc. en función de sus habilidades estrictamente personales como artista, por ello es que en caso de incumplimiento de sus obligaciones, la otra parte podrá solicitar que el tribunal le requiera el cumplimiento en un plazo determinado, y en caso que no lo hiciera así, podría solicitar la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados por la inejecución.

Como lo señalamos en su oportunidad, dentro de estas obligaciones, podemos encontrarnos en dos supuestos diferentes: a) El primero será cuando el artista deba realizar su prestación en una fecha y lugar determinados, por ejemplo un concierto de un tenor en un determinado teatro, en determinada fecha; y, b) El segundo, el realizar un cuadro retrato, o escribir un libro sobre determinado tema, ambos con un plazo determinado en el contrato.

En el primer caso, cuando se incumpla la obligación, es impensable que se obligue al artista a que realice la prestación, puesto que el momento oportuno para que cumpliera ya ha transcurrido en el tiempo, por ello el empresario que lo contrató sólo podrá (y así sucede en la práctica) solicitar el pago de una indemnización por los daños ocasionados por el incumplimiento. En cambio en el segundo caso, se podrá realizar un requerimiento concediendo un plazo para que se cumpla con la obligación y sólo después de transcurrido dicho plazo sin que se ejecute, se procederá a solicitar la indemnización de daños y perjuicios

El embargo preventivo

En ambos casos señalados antes, procederá el embargo de los bienes de la parte que incumpla la obligación, con la finalidad de asegurar el pago de los daños y perjuicios ocasionados. Respecto al desarrollo del estudio del embargo preventivo, nos remitimos a lo estudiado antes en la presente investigación.

6.- Los interdictos de retener o recobrar

6.1.- Interdicto de recobrar

La pretensión de este interdicto es recobrar la posesión de una obra artística determinada, restituyendo dicho bien a su legítimo poseedor, quien fue despojado. Para la protección de esta pretensión, se podrán solicitar las siguientes medidas cautelares:

A.- Depósito de la obra artística

Tal como lo señalamos al hablar de la reivindicación, haciendo un paralelo, debemos señalar que al pretender la restitución de la posesión del bien mueble (puesto que se trata de una obra artística en sí misma, como un cuadro, una escultura, una maqueta, etc.) la medida cautelar idónea por excelencia para esta pretensión es el depósito.

La regulación específica de este depósito lo encontramos en el artículo 727.3

LEC que señala lo siguiente: “Podrán acordarse entre otras, la medida cautelar de: 3. El depósito de cosa mueble, cuando la demanda pretenda la condena a entregarla y se encuentre en posesión del demandado.” Al tratarse de una discusión respecto a la posesión del bien, reiteramos la idoneidad de esta medida cautelar. Asimismo serán de aplicación para la ejecución del depósito las normas contempladas en los artículos 625 a 628 LEC.

B.- Embargo preventivo

Al interdicto de recobrar también se podrá acumular otras pretensiones, entre ellas la más frecuente es la de indemnización de daños y perjuicios; y con la finalidad de asegurar el cumplimiento de la ejecución del pago de la indemnización se podrá solicitar el embargo de los bienes del demandado, impidiendo que se desprenda de su patrimonio, haciendo inefectiva la sentencia final del proceso principal.

6.2.- Interdicto de retener

A.- Medida cautelar específica solicitando el cese de los actos de perturbación (art. 141.2 LPI)

Esta medida cautelar se refiere al cese de cualquier (otra) actividad que constituya una infracción a los efectos de la Ley de propiedad intelectual; por lo tanto se podrá solicitar cautelarmente el cese de los actos perturbatorios que atenten contra la posesión pacífica de una obra de arte.

Nos remitimos a lo estudiado en el CAPÍTULO IV, Sub-Capítulo V.- MEDIDAS CAUTELARES EN LA LEY DE PROPIEDAD INTELECTUAL, numeral “3.- La suspensión de la actividad de reproducción, distribución y comunicación pública, según proceda, o de cualquier otra actividad que constituya una infracción a los efectos de esta Ley, así como la prohibición de estas actividades si todavía no se han puesto en práctica (artículo 141.2 LPI)” del presente estudio.

B.- Embargo preventivo

Estos actos de perturbación podrían ocasionar daños y perjuicios al poseedor, por lo que se podrá acumular la pretensión de indemnización, y con la finalidad de asegurar el pago, se podrá solicitar el embargo pertinente, sobre los bienes suficientes para la efectividad del pago de dicha indemnización.

7.- La pretensión de enriquecimiento injusto

El enriquecimiento sin causa se produce cuando una persona sin autorización del legítimo autor, procede a la explotación de la obra, obteniendo ganancias indebidas. Para este tipo de pretensión la LPI establece una medida cautelar específica:

A.- La intervención y depósito de las cantidades obtenidas por la actividad ilícita.

Como lo señalamos en su oportunidad para que proceda la medida específica de intervención de cantidades de origen ilícito, se requiere que el demandante accione para reclamarlas, además de solicitar la cesación de esa actividad. En lo referente a las medidas cautelares para el cese de la actividad ilícita nos remitimos a lo estudiado en el Capítulo V, del presente estudio.

El depósito de estas ganancias deberá realizarse mediante la consignación en la Cuenta de Depósitos y Consignaciones del Juzgado que ordenó la medida cautelar, donde quedará custodiado hasta que se expida la resolución definitiva del proceso. El carácter pecuniario de la medida permitirá, por lo general, y salvo que afecte al derecho moral del autor, el alzamiento mediante la prestación de acción sustitutoria.

B.- El secuestro de los ejemplares producidos o utilizados y el del material empleado principalmente para la reproducción o comunicación pública.

En caso que las ganancias ilícitas se hayan obtenido a través de la reproducción o comunicación pública de una obra, procederá este secuestro.

Esta medida cautelar pretende impedir la explotación ilícita de los derechos de autor, además de encontrarse íntimamente relacionada con la pretensión de cese de la actividad ilícita, de acuerdo a lo establecido en el numeral 2 del artículo 139 de la LPI.

Los actos de ejecución del secuestro se materializan únicamente con la desposesión de los bienes utilizados para consumir la infracción. Al tratarse de una tutela cautelar, la medida no puede alcanzar ni la destrucción de los ejemplares o aparatos, ni la inutilización de moldes, planchas matrices, etc. puesto que estos actos están reservados a la fase ejecutiva de sentencia firme. El secuestro tampoco podrá aplicarse a los ejemplares adquiridos de buena fe para su uso personal

C.- Embargo preventivo

Como lo venimos reiterando, en caso que se hayan ocasionado daños y perjuicios al autor, éste podrá asegurar el pago de la indemnización a través de un embargo trabado sobre los bienes del infractor.

7.- La pretensión ejecutiva

Esta pretensión se ejercitará siempre y cuando dimanare del título que lleve aparejada ejecución, tal como lo dispone el artículo 517 de la LEC, y si éste es extrajudicial, que contenga una obligación dineraria, vencida, exigible y de cuantía superior a 300 euros, así lo establece el artículo 520 LEC.

7.1.- La ejecución dineraria

Tal como lo señalamos anteriormente es requisito indispensable para el despacho de la ejecución dineraria que del título mismo, sea judicial o extrajudicial, resulte el deber de entregar una cantidad de dinero líquida. Es evidente que la LEC no eleva la liquidez a requisito ineludible para despachar la ejecución, pues siempre es posible la existencia de prestaciones no directamente pecuniarias; pero lo que la LEC sí hace es considerar la liquidez elemento necesario para despachar la ejecución cuando se trata de obligaciones pecuniarias, de modo que, para los casos en que el título no es

líquido establece que es necesario liquidar antes de despachar la ejecución. Tratándose de obligaciones dinerarias no hay despacho de ejecución que no se refiera a una cantidad líquida, esto es, perfectamente determinada. El inicio de la ejecución dineraria es sencillo cuando el título contiene la expresión de esa cantidad líquida debida, pues entonces puede procederse sin más a dictar el auto despachando la ejecución, con el requerimiento, en su caso, y embargo consiguientes.⁹⁴⁵

Para los derechos de autor, la sentencia que ponga fin un proceso de infracción de estos derechos deberá señalar claramente la cantidad de dinero que deberá pagar el infractor a favor del autor, por concepto de daños y perjuicios, ganancias dejadas de percibir, la remuneración debida, etc. Esto deberá estar expresado en números conteniendo una cantidad de dinero específica, además de los intereses que haya podido generar el transcurso del tiempo, mientras se llevaba a cabo el proceso.

7.1.1.- Ejecución dineraria de títulos judiciales

La sentencia de condena deberá señalar expresamente la cantidad de dinero determinada que se mande a pagar, o el importe de la cantidad que debe ser satisfecha en concepto de frutos, rentas utilidades o productos de cualquier clase, sin que sea posible dejar la determinación de su importe para la ejecución de sentencia, según lo dispone el artículo 219 LEC. La determinación de lo debido se ha fijar siempre en el proceso de declaración, estableciéndose en la sentencia que le pone fin, el importe preciso de las cantidades debidas. De la misma forma para el caso de los derechos de autor, el monto señalado en la sentencia de condena deberá de provenir de una simple operación aritmética que señale claramente la cantidad en dinero que deberá pagar el infractor a favor del titular del derecho de autor.

Los demás títulos judiciales en que se reflejen deudas dinerarias, deberán determinar claramente la concreta cantidad que haya de ser satisfecha por el concepto que hubiere dado lugar a pronunciar la resolución de que se trate. De la misma forma deberán señalarse las cantidades exactas, cuando procedan cada uno de estos conceptos, en las sentencias que pongan un fin un proceso por infracción de los derechos de autor.

⁹⁴⁵ MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de Ejecución...* op.cit., t. II, pag. 1274.

7.1.2.- Ejecución dineraria de títulos extrajudiciales

De la misma forma que para los anteriores títulos, en caso de tratarse de un contrato acordado mediante escritura pública, siempre será necesario que en esencia reflejen una obligación vencida y líquida, expresada en dinero efectivo o en cosa o especie computable en dinero.

Como lo señalamos anteriormente consideramos poco probable que para el caso de los derechos de autor, exista un título extrajudicial que contenga principalmente una obligación pecuniaria, puesto que los contratos respecto a los derechos de autor sobretodo contienen obligaciones de hacer o de no hacer, sin embargo no descartamos esta posibilidad en algún caso concreto.

A.- El embargo ejecutivo

Al tratarse de una pretensión netamente dineraria (sin importar el título del cual provenga, es decir judicial o extrajudicial) la medida cautelar idónea, precisa y más conveniente para esta pretensión es el embargo.

Ahora bien este embargo es ejecutivo (a diferencia del embargo preventivo), puesto que nos encontramos en un proceso de ejecución, donde se hace efectivo un título de ejecución proveniente de un proceso judicial (sentencia), o sino de un título que la ley le otorga ejecución directa, en función a la misma norma. Es decir que se está dando la efectividad al contenido del título, ya no se está asegurando una futura decisión, puesto que la decisión ya está tomada, por ello es un embargo ejecutivo. A partir del embargo, la ejecución debe realizarse sólo sobre bienes embargados, los demás bienes del ejecutado quedan al margen de la ejecución.⁹⁴⁶

El embargo es necesario como acto ejecutivo, porque es el único medio de determinar qué bienes de entre los que forman el patrimonio del acreedor van a

⁹⁴⁶ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel, *El proceso de ejecución*, op.cit., pag. 145; quien señala lo siguiente: “En ocasiones puede suceder que los bienes embargados al principio resulten insuficientes en el curso del proceso de ejecución y el acreedor ejecutante sea obligado a pedir la ampliación o mejora del embargo”.CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y otros, *Derecho procesal civil*, op.cit. pags. 464 y sgtes; GARBERÍ DE LLOBREGAT, José, *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Civitas, Madrid, 2003, pag. 358.

responder por una ejecución concreta y porque los actos de realización no serían posibles sin una afección previa.⁹⁴⁷

Este embargo ejecutivo una vez trabado en realidad, en caso de que el deudor no cumpla con pagar la cantidad establecida en el título se procederá al apremio y remate del bien.

En el caso de los derechos de autor, se procederá a embargar los bienes del ejecutado (infractor) con la finalidad de garantizar el pago de la indemnización de daños y perjuicios, los honorarios dejados de percibir, los intereses, las costas, y todos los demás cantidades que se ordenaron en la sentencia del proceso de condena, haciendo efectiva a través, la orden de pago.

7.2.- Las ejecuciones no dinerarias. Ejecución de hacer, de no hacer o de dar cosa distinta a cantidad de dinero

El artículo 700 LEC distingue dos supuestos de previsión cautelar:

1º.- El párrafo 1º atiende a la ejecución de las obligaciones de hacer, no hacer o de dar cosa distinta de una cantidad de dinero y en previsión de que esta ejecución en sus propios términos no pudiera tener inmediato cumplimiento, permite a la parte pedir y al tribunal acordar las medidas de garantía que resulten adecuadas para asegurar la efectividad de la condena.

2º.- Pero además, y dada la posibilidad de que la ejecución en sus propios términos acabe transformándose en una ejecución sustitutiva, la LEC en el artículo 700, en los párrafos 2º y 3º, contiene la previsión de acordar la medida cautelar de embargo preventivo en el proceso de ejecución, para cuando el título condene a hacer, no hacer o dar cosa distinta de una cantidad de dinero y el requerimiento inicial no pueda tener inmediato cumplimiento, de modo que el tribunal, a instancia del ejecutante, podrá

⁹⁴⁷ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel, *El proceso de ejecución*, op.cit., pag. 147, quien señala: “esta afección previa, sin conexión con las medidas cautelares (puesto que es más bien una medida ejecutiva) existe en todos los ordenamientos”, como por ejemplo en el alemán, y se remite a JAUERING, Othmar, *Zwangswollstreckungsund...*, op.cit., pag. 55.

acordar el embargo de bienes del ejecutado en cantidad suficiente para asegurar el pago de las eventuales indemnizaciones sustitutorias y las costas de la ejecución.⁹⁴⁸

Debemos señalar que, específicamente para el caso de ejecución de una condena de entrega de cosa mueble determinada, se podrá ordenar un embargo ejecutivo, cuya finalidad es obtener la posesión de dicho bien (respecto al embargo ejecutivo nos remitimos a lo estudiado en 4.1.2. A del presente Capítulo). En este caso especial de embargo, no rigen los preceptos relativos a la inembargabilidad de determinados bienes, porque se trata de obtener la posesión de una cosa que pertenece al acreedor ejecutante.⁹⁴⁹

Aunque las medidas cautelares son más propias del proceso de declaración, nada impide la utilización de las mismas en el proceso de ejecución; en éste lo lógico es adoptar medidas ejecutivas, pero cuando ello no es posible, esto es, cuando “el requerimiento para hacer, no hacer o dar cosa distinta del dinero no pudiere tener inmediato cumplimiento”, tiene que ser posible la adopción de medidas cautelares en la ejecución.⁹⁵⁰

Si la fórmula tradicional de la instrumentalidad ha sido la de que las medidas cautelares debían tender a asegurar la ejecución, la nueva, utilizada preferentemente en la LEC de 2000, de asegurar la efectividad de la sentencia, permite entender que no se trata ya solo de la realización cuantitativa de la sentencia (para lo que bastaría con el embargo preventivo) sino también de la ejecución en sus propios términos, es decir, la de ejecución cualitativa (lo que permite teóricamente cualesquiera otras medidas).⁹⁵¹

Otra cosa es que la experiencia esté demostrando que estas medidas de garantía para asegurar la ejecución en sus propios términos se están utilizando en escasa medida, pues de hecho se acude al embargo preventivo para asegurar, por lo menos, la ejecución sustitutiva, esto es, la dineraria, que sustituye a la ejecución en sus propios términos. Si

⁹⁴⁸ ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas...*, op.cit., pag. 89.

⁹⁴⁹ FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Angel, *El proceso de ejecución...* op.cit., pag 239.

⁹⁵⁰ MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de Ejecución...*op.cit., t. II, pag. 1985.

⁹⁵¹ PÉREZ DAUDÍ, *Las medidas cautelares en el proceso...*op.cit., pag. 97. En el mismo sentido: DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil* ,op.cit., pag. 1179; ARANGÜENA, en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil* , op.cit., pags. 3613 y 3614.

en el proceso de declaración no se ha asegurado la efectividad de la sentencia posterior (por ejemplo por medio de la anotación preventiva de la demanda si se reclama la entrega de un bien inmueble), luego es ya muy difícil que ello sea adecuado prácticamente en el inicio del proceso de ejecución. Nada impide, con todo, que el supuesto sea posible y que en alguna ocasión se acuerde alguna medida como la de paralización de obra y anotación del auto de ejecución.⁹⁵²

A.- Anotación preventiva de demanda

Sabemos que la virtualidad de esta medida está intrínsecamente ligada a la función del Registro de propiedad intelectual, puesto que se preocupa de la publicidad frente a terceros de las situaciones jurídicas registradas, y además proporciona una garantía de certeza de las mismas o de las titularidades de derecho en ellos inscritas.

Para la protección de los derechos de autor, se podría utilizar esta medida cautelar en caso de que la condena ordene la entrega, o mejor dicho devolución, de una obra artística (escultura, pintura, libro manuscrito, etc.) con la finalidad de conjurar el peligro que conlleva la transmisión del bien litigioso a un tercero de buena fe, o se proceda a su ocultación.⁹⁵³

Es requisito para esta medida que el bien se encuentre inscrito en el registro, es decir que sólo se procederá a la anotación si la obra artística se encuentra inscrita en el Registro de propiedad intelectual; lo que garantizaría la publicidad *erga omnes*, respecto a cualquier contrato o cesión que se pretenda celebrar respecto al bien litigioso.

B.- El depósito

Esta medida cautelar está reservada para los casos en que se reclama la entrega de una cosa específica y determinada, puesto que conlleva la privación de la posesión de

⁹⁵² CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, Bosch, Barcelona, 2001, pags. 66 y sgtes.; JOVE, M.A., *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, 1995, pag. 133; MONTERO AROCA, Juan y otro, *Tratado de Proceso de Ejecución...op.cit.*, t. II, pag. 1986.

⁹⁵³ CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, op.cit., pag. 169.

quien la detentaba para entregar el bien a un tercero.⁹⁵⁴ Asimismo se dirige a mantener la integridad del bien hasta el final del proceso, para posibilitar la entrega en buen estado.⁹⁵⁵

El depósito se encuentra contemplado en el art. 727.3 LEC, y no contempla distinciones, si la medida cautelar se utiliza para proteger acciones reales o personales.⁹⁵⁶

El régimen general de depósito se encuentra establecido en los arts. 625 a 628 LEC, a los que hay que añadir la norma limitadora de las facultades del depositario establecida por el art. 738.3 LEC. Para la protección de los derechos de autor, usualmente el tribunal considera necesario apoderarse del bien en disputa y entregarlo a un depositario, por lo que se requerirá al sujeto pasivo de la medida para que lo entregue y, si no accede al requerimiento, se ordenará que se ocupe dicho bien, incluso con entrada y registro en los lugares cerrados en los que se prevea que éstos se hallasen; así lo dispone los arts. 699 párrafo 1º y 701.1 LEC.⁹⁵⁷

Al tratarse de un depósito con desposesión del bien por parte del afectado con la medida, el auto que ordena su ejecución deberá fijar una caución acorde con los daños y perjuicios que pueda generar dicha desposesión, para lo cual el tribunal deberá analizar con mucho cuidado las características de la obra artística, es decir, si es una obra rara o única, si se encuentra en exposición permanente, si el traslado pueda ocasionar daños a la obra, etc.

C.- Prohibición de enajenar la cosa litigiosa

Constituye la prohibición de aquellas actividades que van a suponer la desaparición del derecho en el patrimonio del demandado; en particular, la prohibición de la venta del bien litigioso. La LEC asume esta medida de modo expreso en el art.

⁹⁵⁴ CARRERAS LLANSANA, José M^a, *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957, pag. 434; TOMÉ PAULÉ, J., “El secuestro judicial”, en *R.I.D.P.*, 1969, pag. 266.

⁹⁵⁵ RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Derecho Procesal Civil*, Tomo II, Bosch, Barcelona, 1986, pag. 983.

⁹⁵⁶ CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, op.cit., pag. 176.

⁹⁵⁷ ORTELLS RAMOS, Manuel, *Las Medidas Cautelares*, op.cit. pag. 205.

726.2 con la “posibilidad de acordar órdenes y prohibiciones de contenido similar a lo que se pretenda en el proceso principal”.⁹⁵⁸

D.- El embargo preventivo

El embargo a que se refieren los párrafos 2º y 3º del artículo 700 LEC, es sin duda un embargo preventivo, medida cautelar diferente del embargo ejecutivo que regula la propia LEC en los artículos 584 y siguientes.⁹⁵⁹ Ese embargo lo es para asegurar una posible obligación dineraria que en este momento todavía no se ha concretado ni en su existencia ni en su cuantía, puesto que estamos en la ejecución de obligaciones de hacer, no hacer o dar.

ORTELLS RAMOS señala que este embargo asegura las costas de la ejecución y las eventuales indemnizaciones sustitutorias que se ordenen en la ejecución. El propósito del art. 700 LEC es asegurar la efectividad de la condena, cuando no puede tener inmediato cumplimiento; por lo tanto este embargo también puede garantizar:

1º) El importe de las multas coercitivas que previsiblemente el tribunal impondrá en algunas modalidades y supuestos de la actividad ejecutiva, establecidos en los artículos 709 y 710 LEC.⁹⁶⁰

2º) El importe de una indemnización de daños y perjuicios complementaria del equivalente dinerario cuando el ejecutado incumpla la prestación específicamente ordenada por el tribunal (art. 702.2 LEC).⁹⁶¹

3º) La cantidad a la ascienda el hacer por un tercero a costa del ejecutado, en caso de un hacer no personalísimo (art. 706 LEC), y para la publicación de la sentencia en medios de comunicación (art. 707 LEC).⁹⁶²

4º) El importe de la indemnización de daños y perjuicios cuando el título

⁹⁵⁸ CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Ejecución de condenas de dar*, op.cit., pags. 177 y 178.

⁹⁵⁹ CACHÓN CADENAS, Manuel, *El embargo*, Bosch, Barcelona, 1991, pags. 89 y sgtes.

⁹⁶⁰ ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas...*, op.cit., pag. 93.

⁹⁶¹ ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas...*, op.cit., pag. 93.

⁹⁶² ARANGÜENA, en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, op.cit., pag. 3614; FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal civil*, AGESA, Madrid, 2ª ed., 1986, pag. 585.

ejecutivo condene directamente a la misma, sin cuantificación, lo que hace necesario seguir el incidente declarativo de los artículos 713 y 716 LEC.⁹⁶³

⁹⁶³ ORTELLS RAMOS, Manuel, *La ejecución de condenas...*, op.cit., pag. 93.

CONCLUSIONES

PRIMERA.- El requisito indispensable que exige el ordenamiento jurídico para otorgar protección a una idea consiste en su exteriorización y plasmación en una realidad concreta. Es decir que cuando una persona materializa su idea, ésta se convierte en una obra, y es precisamente este resultado el que necesita protección jurídica.

SEGUNDA.- Es una equivocación denominar a los derechos de autor como propiedad intelectual. No se puede equiparar los derechos de autor con la propiedad intelectual, ni tampoco se puede erróneamente distinguir entre propiedad intelectual y propiedad industrial; puesto que *strictu sensu* ambas propiedades son intelectuales, dado que ambas provienen del intelecto e ingenio del hombre y son el resultado de lo que alguna vez fue una idea. Por ello la denominación correcta es “derechos de autor”.

TERCERA.- Para la protección de los derechos de autor, la Ley de propiedad intelectual ha establecido que existen dos grandes pretensiones: a) La cesación de la actividad ilícita del infractor; y b) La indemnización de los daños patrimoniales y morales ocasionados.

CUARTA.- La pretensión de indemnización de daños y perjuicios es propiamente resarcitoria, en cambio la pretensión de cesación de la actividad infractora es preventiva, aunque también tiene algo de reparadora, desde el momento en que se pretende la erradicación de una actividad considerada ilícita y la remoción de sus efectos. Pero la diferencia más importante radica en que la pretensión indemnizatoria busca reparar el daño ya ocasionado, mientras que la pretensión de cesación pretende evitar que continúe la infracción a los derechos de autor.

QUINTA.- En ocasiones es necesario que se adopten medidas cautelares sin oír a la parte afectada, siendo necesario que se ejecuten por sorpresa, llegando de improviso y en un momento inesperado. Esto se debe a que una vez que los infractores de los derechos de autor son notificados con la medida cautelar, éstos realizan una serie de actividades destinadas a impedir o volver ineficaz su ejecución. La adopción inaudita parte no afecta el derecho de defensa del afectado, quien podrá oponerse *a posteriori*, es

decir que no existe inconstitucionalidad, puesto que no se elimina el derecho de defensa, sino que simplemente éste se posterga a una etapa posterior a la ejecución de la cautela.

SEXTA.- En la práctica, se ha comprobado que la admisión de las medidas cautelares previas al inicio del proceso, ha comportado posteriormente y de manera frecuente, la no presentación de la demanda, ello se debe no a la consideración de que las cautelas actúan como medidas ejecutivas; sino que la ejecución de la medida origina una transacción entre las partes. En efecto, obtenida la protección cautelar, se ha observado por lo general, que se evita el inicio de un proceso judicial, y se logra que el afectado cumpla con satisfacer los correspondientes derechos remuneratorios. Aunque ello sea una desviación de la finalidad instrumental de las cautelas, no significa que se haya desvirtuado su naturaleza cautelar, sino que debe considerarse como un efecto beneficioso, que no impide su catalogación como verdaderas medidas cautelares.

SEPTIMA.- La Ley de Propiedad Intelectual es muy clara y enfática al establecer que el órgano jurisdiccional tiene la potestad de ordenar cualquier tipo de medida cautelar, que sea la más idónea para proteger los derechos de autor. Estableciendo una fórmula abierta, para que se pueda solicitar una medida cautelar genérica, distinta de las medidas específicas que procede a enumerar a continuación. Esto se evidencia por el carácter enunciativo y no taxativo de la ley, dejando la posibilidad de adoptar otras medidas cautelares, puesto que es imposible prever los derechos de autor que en el futuro necesitarán protección, más aún con todos los adelantos tecnológicos que vivimos en la actualidad.

OCTAVA.- Los derechos de autor son especiales puesto que contienen a la vez derechos patrimoniales y morales, precisamente estos derechos de naturaleza no patrimonial, hacen que la medida cautelar de embargo, en muchas ocasiones no sea la más idónea para proteger los derechos de autor, puesto que se pretende prevenir el daño antes que éste ocurra en lugar de repararlo posteriormente. Es por ello que este tipo de derechos encuentran una protección más efectiva en otra clase de medidas cautelares, como son las de cesación y prohibición de la actividad infractora.

NOVENA.- La medida cautelar de cesación de la actividad infractora es la medida más importante en la protección de los derechos de autor; con frecuencia el resto de las

medidas no son más que complemento o simple consecuencia lógica de ésta; entre estas medidas encontramos el secuestro del material, instrumentos, dispositivos, productos y componentes utilizados para cometer la infracción. La medida de cesación conlleva la prohibición de reanudar la actividad ilícita, puesto que sería ilógico pensar que pasado un tiempo el infractor pueda reiniciar dicha actividad.

DÉCIMA.- La medida cautelar de prohibición constituye una orden judicial de no dar inicio a la actividad infractora, paralizando los actos preparatorios para su ejecución. Esta medida evita que se produzca la infracción, por ello sólo se aplicará si la actividad infractora no se ha puesto en práctica aún, en caso contrario dejaría de ser efectiva y se necesitaría una medida cautelar de cesación.

DÉCIMOPRIMERA.- El secuestro de los ejemplares y del material utilizado para la infracción, pretende impedir la explotación ilícita de los derechos de autor, además de encontrarse íntimamente relacionada con la pretensión de cese de la actividad ilícita. Es decir que en este caso el secuestro funciona como un complemento para la efectividad de las medidas cautelares de cesación y prohibición, según sea el caso; siendo recomendable en la práctica la acumulación de estas medidas cautelares.

DÉCIMOSEGUNDA.- El secuestro de instrumentos, dispositivos, productos y componentes, que sean utilizados para la infracción de los derechos de autor específicos como programas de ordenador, medidas tecnológicas de protección de obras y prestaciones, y la gestión electrónica de derechos referidos, es una medida cautelar instrumental para la pretensión de cese de la infracción. En este caso especial, se acumulan con medidas cautelares de cesación y prohibición, según sea el caso concreto.

DÉCIMOTERCERA.- En caso que no se cumpla con pagar la remuneración compensatoria por copia privada, se podrá solicitar la adopción de medidas cautelares específicas como el embargo sobre los equipos, aparatos y soportes materiales, con la finalidad de garantizar el pago de la mencionada remuneración, además de la indemnización de daños y perjuicios que el juez disponga en la resolución del proceso principal.

DÉCIMO CUARTA.- Se ordenará la suspensión de los servicios prestados por intermediarios a cuyos servicios acuda el infractor directo de los derechos de autor, aunque los actos de estos intermediarios no sean por sí mismos lesivos. Con esta disposición, se está pensando, fundamentalmente, en los prestadores de servicios de la sociedad de la información, como son los prestadores del servicio de almacenamiento o la transmisión de datos en internet.

BIBLIOGRAFÍA

ABARCA JUNCO, Iñigo, “Extensión y límites de la jurisdicción internacional de los juzgados y Tribunales españoles en el orden civil: la nueva Ley Orgánica del poder judicial y el convenio de Bruselas sobre jurisdicción en los órdenes civil y comercial”, *La Ley*, 1987.

ACOSTA ESTEVEZ, José B., “Criterios básicos sobre las normas procesales de la Ley de Propiedad Intelectual”, *La Ley*, Nro. 2, 1991.

ALBADALEJO, Manuel, *Derecho civil*, tomo III, vol. 1, Barcelona, 1983.

ALBERS, Jan, BAUMBACH, Adolf, LAUTERBACH, Wolfgang y HARTMANN, Peter, *Zivilprozeßordnung*, , Verlag C. H. Bech'sche, Munich, 1997.

ALBRECHT, Christian, *Das EuGVÜ und der einstweilige Rechtsschutz in England und in der Bundesrepublik Deutschland*, Heidelberg, 1991

ALMAGRO NOSETE, José, GIMENO SEDRA, Vicente, CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho Procesal*, tomo I, vol. I, Tirant le blanch, Valencia, 1988.

ALMAGRO NOSETE, José y TOMÉ PAULÉ, José, *Instituciones de Derecho procesal. Proceso civil*, 2ª. ed., Trivium, Madrid, 1994.

ALONSO FURELOS, Juan Manuel, “Nuevas perspectivas sobre el proceso cautelar”, *Justicia*, Nro. 11, 1990.

ALONSO MILLÁN, Juan José, “La Lectura”, *La razón*, 30 de diciembre 2001.

ALONSO SAURA, María Pilar, “Clases de medidas cautelares. Criterios para su adopción, medidas cautelares sin audiencia previa del demandado”, *Medidas Cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo Mercantil*, (director Andrés Montalbán Avilés),

Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial XVIII, Madrid, 2005.

ÁLVAREZ DE BENITO, Pedro, *Las obligaciones del autor en el contrato de edición*, Bosch, Barcelona, 1998.

AMAT LLARI, Eulalia, “La protección de las ideas en el ordenamiento jurídico español”, *Revista Derecho de los Negocios*, Nro. 54, marzo 1994.

AMORES CONRADI, Miguel, “La nueva estructura del sistema español de competencia judicial internacional en el orden civil: art. 22 LOPJ”, *Revista Española de Derecho Internacional*, volumen XLI, 1989.

ANDREWS, Neil, *Principles of civil procedure*, Londres, 1994.

ANGUERA DE SOJO PEYRA, O. y ANGUERA DE SOJO SALVÁ, O., “Las medidas cautelares en el proceso civil”, en AAVV, *Estudios sobre Derecho procesal*, II, (director DIEZ-PICASO GIMENEZ), Sopec, Madrid, 1995.

ANTEQUERA PARILLI, Ricardo, *Estudios de Derecho de Autor y Derechos Afines*, Colección de Propiedad Intelectual (director Carlos Rogel Vide), Editorial Reus S. A., Madrid, 2007

ARANA DE LA FUENTE, Isabel, *Interdictos entre coposeedores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

ARANGÜENA FANEGO, Coral, en *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo III, (dir. Lorca Navarrete, A.) (coordinador Guilarte Gutierrez, V.) Editorial Lex Nova, Valladolid, 2000.

ARIAS LOZANO, David, “La suspensión cautelar de acuerdos de sociedades anónimas”, en *Las medidas cautelares por razón de la materia*, (dir. Fernández-Ballesteros), Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1997.

ARIENZO, “Il Contrato di Edizione”, *Nuovissimo Digesto Italiano*, vol. IV.

ARIETA, Giovanni y MONTESANO, Luigi, “Il procedimento cautelare”, en *Il nuovo processo civile*), Nápoles, 1991.

ARMENGOT VILAPLANA, Alicia, *La Tutela Judicial Civil de la Propiedad Intelectual*, La Ley-Actualidad, S.A., Madrid, 2003.

ARMENTA DEU, Teresa, *Lecciones de Derecho Procesal Civil*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2002.

ASENCIO MELLADO, José María, “La protección procesal del Derecho de Patentes”, en *Estudios de Derecho Procesal en Honor de Víctor Fiaren Guillén*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1990.

BARONA VILAR, Silvia

- *Derecho Jurisdiccional II. Proceso Civil*, 11.^a ed., editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- *Medidas Cautelares en los procesos sobre propiedad industrial*, Editorial Comares, Granada, 1995
- *Competencia desleal*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999
- *El nuevo proceso civil*, Ed. Tirant lo Blanc, Valencia 2000.
- “Tutela cautelar en materia de propiedad intelectual”, *Cuadernos de Derecho y Comercio*, núm. 24, diciembre 1997.
- *Tutela civil y penal de la publicidad*, Tirant lo blanch, Valencia, 1999.
- “El principio de proporcionalidad, presupuesto esencial de la prisión provisional”, *La Ley*, 13 de octubre de 1987.

BASOZÁBAL ARRUE, Xabier, “Método triple de cómputo del daño. Indemnización del lucro cesante en las leyes de protección industrial e intelectual”, en *Anuario de Derecho Civil*, julio-septiembre 1997.

BAUMBACH, Adolf y HEFERMEHL, Wolfgang, “Bestechung von Angestellten UWG §12”, en *Wettbewerbsrecht. Gesetz gegen den unlauteren Wettbewerb. Zugabeverordnung, Rabattgesetz un Nebengesetze*, 19 ed. Munich, 1996

BAUR, Fritz, “Entwicklungsstadien des Zivilprozess Rechts, 1947- 1987“, *NJW*, 1987.

BAYLOS CORROZA, Hermenegildo, “Algunas indicaciones sobre la naturaleza jurídica de la propiedad industrial”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo XIII, 1962.

BEAN, *Injunctions*, 3ª ed., Londres, 1984.

BELL, J., “Que représente la souveraineté pour un Britannique?”, *Pouvoirs*, núm. 69, 1993

BELLIDO PENADÉS, Rafael, *La tutela frente a la competencia desleal en el proceso civil*, Comares, Granada, 1998.

BELTRÁN DE HEREDIA CASTAÑO, José, *Construcción jurídica de los derechos de la personalidad*, Madrid, 1976.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Alberto, *Marca y diseños comunitarios*, 1ª ed. Aranzadi, Pamplona, 1996.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo

- “Bienes de la personalidad y derecho moral del autor”, en *Los derechos morales de los creadores*, Colección de Propiedad Intelectual, Aisge- REUS Madrid, 2003.

- “Comentario del artículo 10”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, 2ª ed., Tecnos, Madrid, 1997.
- “Introducción a la Regulación de los Derechos de Autor”, *Propiedad intelectual: aspectos Civiles y Penales*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995.

BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, Rodrigo, GARROTE FERNÁNDEZ-DÍEZ, Ignacio, GONZÁLEZ GOZALO, Alfonso, SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, *Las Reformas de la Ley de Propiedad Intelectual*, Tirant lo Blanch, Valencia 2006

BERNEKE, Wilhelm, *Die einstweilige Verfügung in Wettbewerbssachen*, Munich, 1995.

BETTERMAN, Karl August, “Hundert Jahre Zivilprozessordnung”, *ZZP Zeitschrift für Zivilprozeß* –Revista- 91 (1978).

BIRD, R., *Osborn’s Concise Dictionary*, 7ª ed , Sweet & Maxwell, Londres, 1983.

BLANC, Emmanuel, *Les nouvelles procédures d'execution*, 2ª ed., Paris, 1994.

BUJOSA VADELL, Lorezo Mateo, *La protección jurisdiccional de los intereses de grupo*, Bosch, Barcelona, 1995.

BURGOS LADRÓN DE GUEVARA, Juan, *El Principio de Prueba en el Proceso Civil español*, Editorial Montecorvo, S.A., Madrid, 1989

CABALLERO GEA, José Alfredo, *Los interdictos de retener o de recobrar y de obra nueva*, 2ª ed., Dykinson, Madrid, 1996.

CACHÓN CADENAS, Manuel, *El embargo*, Bosch, Barcelona, 1991.

CALAMANDREI, Piero, *Introducción al Estudio Sistemático de las Providencias Cautelares*, Traducción de Santiago Sentís Melendo, Editorial Bibliográfica Argentina

Buenos Aires, 1945.

CALDERÓN CUADRADO, María Pía: “Sobre el régimen cautelar de defensa de la competencia y competencia desleal.”

- *Las Medidas Cautelares Indeterminadas en el Proceso Civil*, Editorial Civitas, S.A., Madrid, 1992.
- “Sobre el régimen cautelar de defensa de la competencia y competencia desleal.”, *Revista de Derecho Procesal*, Nro. 3, 1992.

CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio, *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Editorial Comares, Granada, 2007.

CALVO CABELLO, Eduardo, “Medidas cautelares en materia de Derechos Intelectuales: La modificación del artículo 127 LPI por la Ley 20/1992, de 7 de julio”, *Boletín de información del Ministerio de Justicia e Interior*, Nro. 1676, Madrid, 1993.

CALVO CARAVACA, Alfonso Luis, “Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil”, U. Carlos III, *BOE*, Madrid, 1995.

CÁMARA ÁGUILA, María del Pilar, *El derecho moral del autor (con especial referencia a su configuración y ejercicio tras la muerte del autor)*, Comares, Granada 1998.

CAMY SÁNCHEZ-CAÑETE, Buenaventura, *Comentarios a la legislación hipotecaria* 5, Aranzadi, Pamplona, 1983.

CAPPER, David:

- *Mareva injunctions*, Londres, 1988.
- “Worldwide Mareva injunctions”, *The Modern Law Review*, vol. 54, 1991

CARBALLO PIÑEIRO, Laura, *Ejecución de condenas de dar (tratamiento procesal adaptado a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil)*, Bosch, Barcelona, 2001.

CARNELUTTI, Francesco

- *Sistema de Derecho Procesal Civil*, Vol. I, Uteha, Bs. As. 1944.
- *Derecho y Proceso*, Traducción Santiago Sentis Melendo, Ediciones Jurídicas Europa- América, Buenos Aires, 1971.

CARRERAS, Jorge, *El embargo de bienes*, Bosch, Barcelona, 1957.

CARRASCO PERERA, Ángel

- “Comentarios a los artículos 123 a 126 LPI”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (dir. A. Bercovitz), Civitas, Madrid, 1996.
- “Comentarios a la STS, Sala 1ª, de 14 de diciembre de 1993”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Civitas, Madrid, 1993.
- “Comentarios al art. 141 LPI”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (Coordinador Rodrigo Bércovitz Rodríguez-Cano) Tercera Edición, Tecnos, Madrid 2007.
- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo XV, Vol. 1º (dir. por Albaladejo y Díaz Alabart) Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1989

CARRASCOSA GONZALES, Javier, *La Propiedad Intelectual en el Derecho Internacional privado español*, Comares, Granada, 2001.

CARREAU, Carolina, *Mérite et droit d’auteur*, LGDJ, París 1981.

CASAS VALLÉS, Ramón y SOL MUNTAÑOLA, Mario A., “Derecho a la imagen y propiedad intelectual del fotógrafo”, *Revista del Poder Judicial*, Nro. 30, mayo 1993.

CASELLA, Mario, “Il nuovo processo cautelare (esperienze e problema)”, *Rivista di diritto procesuale*, 1995.

CASTÁN PÉREZ-GÓMEZ, Antonio:

- “Comentario al art. 141”, en *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (director José Miguel Rodríguez Tapia) Editorial Aranzadi S.A., Pamplona 2007.
- “Las Medidas Cautelares inaudita altera parte” en *Propiedad industrial e intelectual, En Estudios sobre propiedad industrial e intelectual y de derecho de la competencia, Homenaje a A. Bercovitz*, Ed. Altés, Barcelona, 2005.
- “Acciones y procedimientos”, en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, tomo V, Vol. 4 B, (dir. por Albaladejo y Díaz Alabart) Editoriales de Derecho Reunidas, Madrid, 1995.

CATALÁ COMAS, Chantal, *Ejecución de condenas de hacer y no hacer*, Bosch, Barcelona, 1998.

CLEMENTE DE DIEGO, Felipe, *Instituciones de Derecho Civil Español*

COLLINS, Lawrence, *The territorial reach of Mareva injunctions*, Londres, 1994.

COLOMBET, Claude

- *Grandes principios del derecho de autor y los derechos conexos en el mundo, Estudio de derecho comparado*, 3ª ed., Ediciones UNESCO/Cindoc, Madrid, 1992.
- *Propriété littéraire et droits voisins*, 3ª ed., Paris, 1986

COLOMBO, Carlos J., *El Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, tomo II, Bs.As. 1969.

CONSOLO, Claudio, “Il nuovo procedimento cautelare”, *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1994.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, *Derecho Procesal Civil. Parte General*, editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, Valentín, GIMENO SENDRA, Vicente y MORENO CATENA, Víctor, *Derecho procesal civil*, 2ª ed., Colex, Madrid, 1997.

COUCHEZ, Gérard, *Voies d'exécution*, 3ª ed., París, 1994.

COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal*, tomo III, Ed. Desalma, Bs.As., 1979.

CRAIG, Paul P., *Administrative Law*, Sweet & Maxwell, 3ª ed. Londres, 1994.

CHAMORRO BERNAL, Francisco, *La tutela judicial efectiva. Derechos y garantías derivadas del art. 24.1 de la Constitución*, ed. Bosch, Barcelona, 1994.

CHIOVENDA, Giuseppe

- *Instituciones de derecho procesal civil*, Traducción de la segunda edición italiana y notas de derecho español por E. Gómez Orbaneja. volumen I, Conceptos fundamentales, la doctrina de las acciones, 1a. ed, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1936.

- *Principios de Derecho Procesal Civil*, Traducción española de la tercera edición italiana y prologo de José Casais y Santaló, tomo I , Reus S.A., Madrid, 1977.

DAMIÁN MORENO, Juan, “Las medidas cautelares”, en *La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo II (coords. V. MORENO CATENA y V. CORTÉS DOMINGUEZ), ed. Tecnos, Madrid, 2000

DANNREUTHER, Dieter, *Der Zivilprozess als Gegenstand der Rechtspolitik im deutschen Reich*, Frankfurt, 1987.

DAZA VELÁZQUEZ DE CASTRO, Roberto, *Ejecución forzosa en el proceso civil*, 2.ª ed, editorial Comarés, Granada, 2008.

DE CASTRO FERNÁNDEZ, Jaime Manuel, *La protección interdictal amplitud*, Colex, Madrid, 1986.

DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Temas de Derecho Civil*, Madrid, 1972.

DE LA FUENTE YANES, José Luis, “La Protección cautelar de la propiedad intelectual: Cautela y proporcionalidad”, *Propiedad Intelectual: Aspectos Civiles y Penales*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, Madrid, 1995.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés,

- “Conceptos fundamentales de la ejecución forzosa civil”, *La Ley*, Nro. 4.
- *Ley de Enjuiciamiento Civil: respuestas a 100 cuestiones polémicas*, (Coordinador JIMENEZ CONDE, F.), Sepin, Madrid, 2002

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Derecho procesal civil (El proceso de declaración)*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A. Madrid, 2000.

DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, DIEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, VEGAS TORRES, J., BANACLOCHE PALAO, J., *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Civitas, Madrid, 2001.

DE LA PLAZA, Manuel, *Derecho Procesal Civil español*, vol. II, 2a. ed., Editorial Revista de Derecho, Madrid, 1945.

DE LA RICA y ARENAL, Ramón, *Comentarios a la Ley de reforma hipotecaria*, Aguilar, Madrid, 1945.

DE LA RICA MARITORENA, Ramón, “La anotación preventiva en general”, en *RCDI*, Revista crítica de derecho inmobiliario, Año Nro. 53, Nro. 519, 1977.

DE ROMÁN PEREZ, Raquel, “Naturaleza jurídica del Derecho de Autor”, *Propiedad intelectual, derechos fundamentales y propiedad industrial*, Colección de Propiedad intelectual, (coordinador: César Iglesias Rebollo), Edit. Rens S.A., Madrid, 2005.

DE SANCTIS, Vittorio M., “Contrato di edizione”, *Trattato di Diritto Civile e Commerciale*, vol. XXXI, t. 1, Milano, 1984.

DELGADO ECHEVERRÍA, Jesús, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, (director: Manuel Albaladejo) tomo XII., vol. 2º, Revista de derecho Privado, Madrid, 1981.

DELGADO PORRAS, Antonio

- “El control del autor sobre la utilización de los ejemplares de su obra, la experiencia española”, *I Congreso Iberoamericano de propiedad intelectual*, T.I Ministerio de Cultura, Madrid, 1991.
- *Panorámica de la protección Civil y Penal en materia de Propiedad Intelectual*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1988.

DEL GUAYO CASTIELLA, Iñigo, *Judicial Review y Justicia Cautelar*, Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales S.A., Madrid, 1997.

DELEBECQUE, Philippe, "Les nouvelles procédures d'execution", en *La réforme des procédures civiles d'execution*, número especial de la Revue trimestrielle de droit civil, 1993.

DESANTES, José María, *La relación contractual entre autor y editor*, Pamplona, 1970.

DESBOIS, Henri, *Le droit d'auteur en France*, Toulouse, 1966.

DEVIS ECHANDÍA, Hernando

- *Nociones generales de Derecho Procesal Civil*, Aguilar, Madrid, 1966.

- *Compendio de Derecho Procesal*, tomo I, Teoría General del Proceso y tomo III, El proceso civil, Editorial ABC, Bogotá, 1972.

DEVONSHIRE, Peter, “The implications of third parties holding assets subject to a Mareva injunction”, *Lloyd’s Maritime and Commercial Law*, Quarterly, 1996.

DI DORIO, Alfredo J., *Temas de Derecho Procesal*, Edit. De Palma, Bs. As. 1985.

DÍEZ-PICAZO, Luis,

- *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, tomo I, Madrid, 1979.
- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual*, (dir. R. Bercovitz) Tecnos, Madrid, 1989.

DÍEZ-PICAZO, Luis y DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel, “La Doctrina del enriquecimiento injustificado”, en *Dos estudios sobre el enriquecimiento sin causa*, Civitas, Madrid, 1988.

DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, Ignacio, *Derecho Procesal civil. Ejecución forzosa. Procesos Especiales*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces S.A., Madrid, 2000.

DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis María, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, tomo II, Civitas, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO y PONCE DE LEÓN, Luis María y GULLÓN BALLESTEROS, Antonio, *Sistema de Derecho Civil, derecho de la persona, autonomía privada, persona jurídica*, Tecnos, Madrid, 1989.

DITTRICH, Lotario, *Il nuovo processo cautelare*, (dir. TARZIA), Padua, 1993.

DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés, *Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, t. III, Lex Nova, Valladolid, 2000.

DOHMANN, Barbara y BRIGGS, Adrian, “Worldwide Mareva injunctions and the enforcement of Foreign judgments in England“, en *Materialles Recht und Prozessrecht und die Auswirkungen der Unterscheidung im Recht der internationalen Zwangsvollstreckung* (ed. P. Schlosser), Bielefeld, 1992.

DUMAS, Roland, *La propriété littéraire et artistique*, París, 1987.

DUNKL, MOELLER, BAUR, FELMEIER y WETEKAMP, *Handbuch des vorläufigen Rechtsschutzes*, 2ª ed., 1991.

EGUSQUIZA BALMASEDA, María Ángeles, *La configuración jurídica de las obligaciones negativas*, Bosch, Barcelona, 1990.

EILERS, Anke, *Massnahmen des einstweiligen Rechtsschutzes im europäischen Zivilrechtsverkehr*, 1991.

EMERY, Cari T., y SMYTHE, Bernard, *Judicial Review*, Sweet & Maxwell, Londres 1986.

EMERY, Miguel Ángel, *Propiedad intelectual*, comentario al artículo 71, Astrea, Bs.As. 2005.

ESPÍN ALBA, Isabel, *Contrato de edición literaria: (un estudio del derecho de autor aplicado al campo de la concentración)*, Comares, Granada, 1994.

ESTOUP, Pierre, *La pratique de procédures rapidéz (Référés, ordonnances sur requête, procédures d'injonction)*, Litec, París, 1990.

FABIANI y DE SANTIS, “Il contratti di diritto di autore”, *Trattado di diritto civile e commerciale*, (dir. A. Cicu y F. Messineo), tomo I, vol. XXXI, Milano, 2000.

FAIREN GILLÉN, Víctor

- *La ley de Reforma Urgente de la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Madrid, 1985.

- “La reforma del proceso cautelar español”, en *Temas del Ordenamiento procesal*, tomo II, editorial Tecnos, Madrid, 1969.

FENECH NAVARRO, Miguel, *Derecho procesal civil*, AGESA, Madrid, 2ª ed., 1986.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel:

- *Lecciones de Derecho Procesal III, La ejecución forzosa, las medidas cautelares*, Promociones Publicaciones Universitarias, Barcelona, 1985.
- *La ejecución forzosa y las medidas cautelares, en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil. El proceso ordinario de ejecución: el nuevo juicio ejecutivo; los demás procesos de ejecución especiales y las medidas cautelares*, Iurgium editores. Madrid, 2001.
- *Derecho Procesal Civil, III. La Ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid, 1993.
- *El proceso de ejecución*, Romargraf, Barcelona, 1982.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel, *El proceso de ejecución*, Romargraf, Barcelona, 1982.

FERNÁNDEZ BALLESTEROS, Miguel Ángel, RIFÁ SOLER, José María, VALLS GOMBAU, José Francisco, *Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Iurgium, Atelier, Madrid, 2000.

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel,

- *Derecho procesal civil, La Ejecución forzosa. Las medidas cautelares*, tomo III, Ecera, Madrid, 1995.
- *La tercería de dominio*, Madrid, 1980.
- “Naturaleza y función de la tercería de dominio”, en *Ejecución de Sentencias civiles*, CCGPJ, Madrid, 1992

FERNÁNDEZ LÓPEZ, Miguel Ángel y DE LA OLIVA SANTOS, Andrés, *Lecciones de Derecho Procesal*, tomo III, Publicaciones universitarias, Barcelona, 1985.

FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos

- *Derecho de Marcas*, Montecorvo, Madrid, 1990.
- *El enriquecimiento injustificado en el Derecho industrial*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón, “De la arbitrariedad de la Administración”, *Civitas*, Madrid, 1994.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos y SÁNCHEZ LORENZO Sixto, *Curso de derecho internacional privado*, Cívitas, Madrid, 1993.

FERNÁNDEZ-ARIAS SHELLY, Carlos, *Contrato de edición y su práctica jurídica*, Dijusa, Madrid, 2006

FERRAND, Frédérique, “La réforme française des procédures civiles d’exécution”, *ZZPInt Zeitschrift für ZivilprozeßInternational*, 1996.

FINOCCHIARO, Giuseppe, “Sul nuovo procedimento Cautelare”, *Rivista di diritto processuale*, 1995.

FRISINA, Pasquale, “La tutela anticipatoria: perfil funcional y estructural”, *Revista de Derecho Procesal*, Nro. 377, 1986.

GANSLMEYER, *Die einstweilige Verfügung im Zivilverfahren*, 1991.

GARBERÍ DE LLOBREGAT, José, *El proceso de ejecución forzosa en la nueva Ley de enjuiciamiento civil*, Civitas, Madrid, 2003.

GARBERÍ LLOBREGAT, José (director) FERNÁNDEZ DE SEVILLA, José María, y CASERO LINARES, Luis, *Las Medidas Cautelares en la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Editorial Aranzadi S.A., Navarra, 2004.

GARBERÍ LLOBREGAT, José y BUITRÓN RAMÍREZ, Guadalupe, *El procedimiento administrativo sancionador*, vol. I, 4.^a ed., Tirant lo blanch, Valencia, 2001.

GARCÍA DE MARINA ALLOZA, Manuel

- *Acción reivindicatoria*, Serlipost, Barcelona, 1983.
- *Tercerías de dominio y de mejor derecho*, Serlipost, Barcelona, 1990.
- *Interdictos*, Serlipost, Barcelona, 1992.

GARCÍA VIDAL, Ángel, “Notas sobre la Ley 19/2006, de 5 de junio de 2006, por la que se amplían los medios de tutela de los derechos de propiedad intelectual e industrial”, *La Ley*, Año XXVII, Nro. 6518.

GARNET, Kevin, RAYNER JAMES, Jonathan and DAVIES, Gillian, *Copinger an Skone James on Copyright*, Fourteenth Edition, Sweet & Maxwell, London 1999.

GASCÓN DE IRIARTE, Santiago, “Consideraciones sobre las especialidades procesales en materia de propiedad industrial e intelectual”, *Actualidad Civil*, Nro. 32, Septiembre 1992.

GASCÓN INCHAUSTI, Fernando, *Medidas Cautelares de proceso civil extranjero*, Editorial Comares, Granada 1998.

GAYA SICILIA, Regina, Comentarios al art. 65”, en *Comentarios a la Ley de propiedad intelectual*, 3^o ed., (dir. Bercovitz Rodríguez-Cano, R.) Tecnos, Madrid, 2007.

GEE, Steven, *Mareva Injunctions and Anton Piller Relief*, 3.^a ed. Londres 1995.

GIMENO SENDRA, Vicente, *Fundamentos del Derecho Procesal*, editorial Civitas, Madrid, 1981.

GIMENO SENDRA, Vicente y GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, Nicolás, “Las Medidas Cautelares en Materia Comercial”, en *XV Jornadas Iberoamericanas de Derecho Procesal*, Instituto Colombiano de Derecho Procesal, Bogotá, 1996.

GIMENO SENDRA, Vicente y MORENILLA ALLARD, Pablo, *Derecho Procesal Civil II. Los Procesos Especiales*, 1.ª ed., editorial Colex, Madrid, 2005.

GÓMEZ DE LA SERNA, Pedro, *Motivos de la Ley de Enjuiciamiento Civil*

GÓMEZ ORBANEJA, Emilio y HERCE QUEMADA, Vicente, *Derecho procesal civil*, vol. 2º, Artes Gráficas y Ediciones, Madrid, 1979.

GONZÁLES GRANDA, Piedad, *Extensión y límites de la jurisdicción española Análisis sistemático del art. 22 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*, J.M. Bosch Editor S.A., Barcelona, 1992.

GONZÁLES MALABIA, Sergio, *Tutela judicial del comercio electrónico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

GONZÁLES POVEDA, Pedro, *Acciones protectoras del dominio y de la posesión*, Editorial Bosch S.A., Barcelona 2002.

GRUNSKY, Wolfgang, “Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes”, *Juristische Schulung*, 1976.

GRUNSKY, Wolfgang, STEIN, Friedrich y JONAS, Martin, *Kommentar zur Zivilprozessrecht, ZPO*.

GUASP DELGADO, Jaime

- *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil*, tomo I, M. Aguilar, Madrid, 1948.

- *Derecho procesal civil*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956.

- *La pretensión procesal*, Editorial Civitas S.A., Madrid, 1981.

GUARNIERI, Carlo, “Il sequestro giudiziario”, en *Il nuovo processo cautelare*, (dir. TARZIA), Padua, 1993.

GUERRA SAN MARTÍN, José, *Lecciones de derecho procesal*, Universidad de Deusto, Bilbao, 1989.

GUILARTE GUTIÉRREZ, Vicente, “La superación del empobrecimiento de la víctima como medida indemnizatoria frente a la responsabilidad extracontractual”, *Revista de Derecho Privado*, 1991.

GUINCHARD, Serge, “Le temps dans la procedure civile”, *Annales de la faculté de droit de science politique*, Paris, 1983.

GUTIERREZ DE CABIEDES, Eduardo, *Estudios de Derecho Procesal*, Ediciones Universidad de Navarra S.A., Pamplona, 1974.

GUTIERREZ-ALVIZ CONRADI, Faustino, “Ejecución forzosa por obligaciones de hacer, de no hacer y de dar cosas determinadas”, *Revista de Derecho Procesal*, 1974.

GUY, Richard & MERCER, Hugh, *Commercial Debt in Europe: Recovery and Remedies*, Sweet & Maxwell, Londres, 1991.

HANBURY & MARTIN, Jill E., *Modern Equity*, (editado por Jill E. Martin), Sweet & Maxwell, Londres 1993, 14.^a ed.

HARTMANN-BAUMBACH-LAUTERBACH-ALBERS, *Zivilprozeßordnung*, Munich.

HEINZ, Thomas y PUTZO, Hans, *Zivilprozessordnung*, 19^a Ed. Munich 1995.

HEINZE, en *Münchener Kommentar ZPO*, Munich, 1992, art. 918.

HELLWEG, August, “Geschichtlicher Rückblick über die Entstehung der CPO“, *AcP Archiv für civilistische Praxis – Revista-* 61 (1878)

HERCE QUEMADA, Vicente y GÓMEZ ORBANEJA, Emilio, *Derecho procesal civil*, tomo II, Madrid, 1976.

HERNÁNDEZ MORENO, Alfonso y MÉNDEZ GONZÁLEZ, Fernando P., *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, (coordinador Bercovitz, R.), Madrid.

HERRERO GARCÍA, María José, “Comentario al artículo 64”, *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual* (director Bercovitz, R.) Madrid, 1989.

IGLESIAS, Juan, *Derecho Romano*, Barcelona, 1979.

III CONGRESO IBEROAMERICANO SOBRE DERECHOS DE AUTOR Y DERECHOS CONEXOS, 110 años de protección Internacional del Derecho de Autor: Berna, 1886 – Ginebra, 1996”, tomo II, Barreiro y Ramos S.A., Montevideo, Uruguay, 1997.

JAUERING, Othmar:

- *Zwangswollstreckungsund Konkursrecht*, 19^a ed., Munich, 1990.
- *Zivilprozessrecht*, 24^a ed. Munich 1993, 79, 1966.
- “Der zulässige Inhalt der einstweiligen Verfügung“, *ZZP*, Zeitschrift für Zivilproze-B, Nro. 79, 1966.

JIMÉNEZ VILLAREJO, José, “La responsabilidad civil dimanante de las infracciones de la propiedad intelectual”, *Revista Poder Judicial*, Nro. Especial IX, CGPJ, 1988.

JOVE, M.A., *Medidas cautelares innominadas en el proceso civil*, 1995.

JUFRESA PATAU, Francesc y MARTELL PÉREZ-ALCALDE, Cristóbal, “La protección judicial y extrajudicial de los derechos de autor”, *RJC*, Nro. 2, 1988.

KEMELKAJER DE CARLUCCI, Aída, “¿Conviene la introducción de los llamados daños punitivos en el Derecho argentino?” *Separata de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires*, Anticipo de Anales – Año XXXVIII Segunda época, N° 31,1993.

KESSEL, Christian, “Grundsätze des vorläufigen Rechtsschutzes in England und Wales”, *RIW*, Recht der Internationalen Wirtschaft, 1993.

KISSEL, Otto Rudolf, “Hundert Jahre Reichjustizgesetz“, *DRiZ Deutsche Richterzeitung* – Revista- 1980.

KOHLER, D., “Feststellende einstweilige Vergütungen?“, *ZZP*, Nro. 103, 1990.

LACRUZ BERDEJO, José Luis,

- *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, vol. 4º-1 A, Edersa, Madrid, 1990.

- *Elementos de Derecho Civil*, tomo III, vol. 1, Madrid, 1988.

LACRUZ BERDEJO, José Luis y SANCHO REBULLIDA, Francisco de Asis, *Elementos de Derecho Civil, III bis. Derecho inmobiliario registral*, Bosch, Barcelona, 1984

LAPERTOSA, Flavio, “In tema di competenza e procedimento cautelare (casi e questioni)”, *Rivista di Diritto Processuale*, 1995.

LARROSA AMANTE, Miguel Ángel, “Las Cautelas Indeterminadas y las Medidas Cautelares Específicas”, en *Las Medidas Cautelares y los Recursos*, (dir. Valls Gombau, José Francisco), Cuadernos de Derecho Judicial X-2000; Consejo General del Poder Judicial, Lerko Print, S.A., Madrid, 2000

LASSO DE LA VEGA, Javier, *El contrato de edición*, Madrid, 1949.

LAUTEBOURG, Werner, *Du Contrat D'Édition et de la Nature Juridique du Droit de L'Auteur*, Ginebra, 1915.

LEIPOLD, Dieter

- “Grundlagen des einstweiligen Rechtsschutzes“, *ZZP* (Zeitschrift für Zivilprozeß), Munich, 1971.
- “Strukturfragen des einstweiligen Rechtsschutzes“, *ZZP* (Zeitschrift für Zivilprozeß), Munich, 1977.

LETE DEL RIO, José Manuel,

- *Derecho de la Persona*, Tecnos, Madrid, 1996.
- *Protección del derecho de propiedad*, Santiago de Compostela, 1975.

LEDESMA MARTÍNEZ, María Julita, *Las obligaciones de hacer*, Comares, Granada, 1999.

LIEBLE, Stefan, *Proceso Civil Alemán*, Konrad-Adenauer-Stiftung, Biblioteca Jurídica Diké, Medellín-Colombia, 1998.

LOBATO GARCÍA-MIJÁN, Manuel, “La Protección de los Derechos de Propiedad Intelectual en la Jurisdicción Civil”, en *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales*, (director MONTES PENADÉS, Vicente Luis), CGPJ, Madrid, 2008

LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano, *Las denominaciones de origen*, Cedecs, 1ª ed., Barcelona 1996.

LORCA NAVARRETE, Ana María, “Acciones y Procedimientos en la Ley de Propiedad Intelectual”, *RGD*, Nro. 534, 1989.

MALDONADO RAMOS, Jaime, *Los interdictos de retener y recobrar y de obra nueva en la doctrina de las audiencias provinciales*, La Ley, Madrid, 1997.

MANRESA Y NAVARRO, José María, *Comentarios al Código civil español*, tomo. III, 8ª ed., revisada y puesta al día por Rico Pérez, Madrid, 1976.

MARÍN LÓPEZ, Antonio, *Derecho Internacional privado español*, Parte General, tomo I, Copias Coca S.C.A., Granada, 1994.

MARCO MOLINA, Juana, *La propiedad intelectual en la legislación española*, Madrid, 1995.

MARTÍN PASTOR, José,

- *La tutela cautelar en la impugnación de acuerdos de las sociedad mercantiles*, Comares, Granada, 1997.

- *La anotación preventiva como medida cautelar y el registro*, San José S.A., Madrid, 2001.

MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, Carlos, “Comentarios al artículo 68” en *Comentarios a la Ley de Propiedad intelectual*, (director Rodrigo Bercovitz), Madrid, 1989.

MARTÍNEZ ESPÍN, Pascual, “Daño moral de autor (Comentario a las Sentencias del Tribunal Supremo, Sala Primera, de 14 y 29 de diciembre de 1993)”, *Revista Poder Judicial*, Nro. 33, 1994.

MARTÍNEZ PARDO, Jesus María, “La anotación de demanda. La anotación de embargo, secuestro y prohibición de disponer” en AAVV., *Derecho hipotecario*, en *BDPCGPJ* (38 /1994. Código CC943807).

MÉNDEZ TOMÁS, Rosa M. y VILALTA NICUESA, Aurora Esther, *La tercería de dominio*, Bosch, Barcelona, 2003.

MERKT, Olivier, *Les mesures provisoires en droit international privé*, Zurich, 1993.

MILLER, Christopher John, *Contempt of court*, 2^a ed. Oxford, 1989.

MINNEROP, Manfred, *Materielles Recht und einstweiligen Rechtsschutz*, 1971.

MÖLLER, Margret, *Propiedad Intelectual en Alemania*, Traducción: Luis Martínez, Ed. Inter Naciones, Bonn 2, 1990.

MONROY GÁLVEZ, Juan,

- *Temas de proceso civil*, Studium, 1987, Lima.
- “La actuación de la sentencia impugnada”, *Themis*, Nro.43, 2001, Lima.
- *Introducción al proceso civil*, tomo I, Temis, Bogotá, 1996.
- *La formación del proceso civil peruano*, Comunidad, Lima, 2003.

MONROY PALACIOS, Juan José, *Bases para la formación de una Teoría Cautelar*, Comunidad, Lima, 2002.

MONTALVAN AVILÉS, Andrés, “Propiedad Intelectual y Medidas Cautelares” *Medidas Cautelares en el ámbito de los Juzgados de lo Mercantil*, Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial XVIII, Lerko Print, S.A., Madrid, 2005.

MONTERO AROCA, Juan:

- *La legitimación colectiva de las entidades de gestión en la propiedad intelectual*, Granada, Comares, 1997.
- “Y las entidades de gestión y legitimación colectiva”, *Los derechos de propiedad intelectual en la nueva sociedad de la información, perspectivas del derecho civil, penal, procesal e internacional privado*, Editorial Comares, Granada, 1998.
- *Derecho Jurisdiccional I*, Bosch, Barcelona, 1993
- “Tercerías de dominio y de mejor derecho en el proceso de ejecución laboral”, en *Ensayos de derecho procesal*, Barcelona, 1996.

- *Tratado de Proceso de Ejecución Civil*, tomos I y II, Tirant lo blanch, Valencia, 2004.

MONTERO AROCA, Juan y FLORS MATÍES, José, *La tercería de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

MONTÉS, Vicente Luis, *La propiedad privada en el sistema de Derecho civil contemporáneo*, Madrid, 1980.

MONTES REYES, Amalia, en

- “La anotación preventiva de la demanda como manifestación de la Justicia preventiva”, *Sistema de Medidas Cautelares*, IX Reunión de profesores de Derecho procesal, ed. EUNSA, Pamplona, 1974.
- “Registro y Proceso: anotaciones preventivas”, *Publicaciones del departamento de Derecho procesal*, Salamanca.

MORBACH, Bertram, *Einstweiliger Rechtsschutz in Zivilsachen*, Eine rechtsvergleichende Untersuchung, Frankfurt a M. 1988.

MORELLO, Augusto Mario, PASSI LANZA, Mario A., BERIZONCE, Roberto y SOSA, Gualberto L., *Código Procesales comentados y anotados*, Tomo III, Ed. Merc, La Plata, 1971.

MORENO CATENA, Víctor, “El procedimiento en materia de Derechos de autor”, *Revista universitaria de derecho procesal*, Nro. 1, 1988.

MORENO QUESADA, Bernardo, “Problemática de las obligaciones de hacer”, *Revista de Derecho Privado*, 1976.

MORO ALMARAZ, María Jesús, “Instrumentos para la protección de los derechos reconocidos en la LPI. Comentarios a los artículos 123 a 131”, *Revista Poder Judicial*, Nro.16.

MOUCHET, Carlos y RADAELLI, Sigfrido, *Derechos intelectuales sobre las obras literarias y artísticas*, Tomo I, Kraft, Bs. As., 1948.

MUERZA ESPARZA, Julio J., *Aspectos procesales de las acciones de cesación y prohibición de daños en el ámbito del derecho industrial y de la competencia*, Cedecs Editorial S.L., Barcelona, 1997.

MUÑOZ DELGADO Y MÉRIDA, Jesús, “Las medidas cautelares en materia de propiedad industrial.”, en *Las medidas cautelares especiales*, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, 1997.

MUSCARDINI, Manuela, “Giurisdizione e competenza”, en *Il nuovo processo cautelare* (dir. Tarzia), Padua, 1993.

NAVARRO MARTÍNEZ, L.A., “Las anotaciones preventivas por mandamiento judicial y el impuesto de actos jurídicos documentados”, en *RJC*, 1973.

NAVEIRA ZARRA, Maita M^a, “La Ley de Marcas de 2001: un punto de inflexión en el análisis funcional del derecho de daños”, *Revista de Derecho Privado*, 2003.

NIEVA FENOLL, Jordi, *Enjuiciamiento prima facie, aproximación al elemento psicológico de las decisiones judiciales*, Atelier, Barcelona, 2007.

NORMAND, Jacques, “Le juge de l’exécution”, en La réforme del procédures civiles d’exécution, número especial de la *Revue trimestrielle de droit civil*, 1993.

NUÑEZ LAGOS, Rafael, “Acción y excepción en la reivindicación de inmuebles”, *RGLJ*, 1953.

OBERTO, Giacomo, *Il nuovo processo cautelare*, Milán, 1992.

OLLERO TASSARA, Andrés, “Derecho de autor y propiedad intelectual, apuntes para un debate”, *Revista Poder Judicial*, Nro. 11, septiembre de 1988.

ORMAZÁBAL SÁNCHEZ, Guillermo, “La tutela cautelar de la propiedad intelectual en el proceso civil”, *Revista General de Derecho*, Abril, 1996.

OROZCO PARDO, Guillermo, “Acerca de la protección de las ideas por el derecho de autor. A propósito de la STS de 20 de febrero de 1992”, *Actualidad Civil*, Nro. 12/22, marzo de 1993.

ORTELLS RAMOS, Manuel

- *El Embargo Preventivo* (doctrina y jurisprudencia), Librería Bosch, Barcelona, 1984.
- “La Ley de Enjuiciamiento Civil tras dos años de vigencia”, Consejo General del Poder Judicial. Escuela Judicial. 44. Estudios de Derecho Judicial Madrid 2004.
- “Las medidas cautelares en la nueva ley de enjuiciamiento civil”, *Revista Xurídica Galega*, Nro. 25, 1999.
- “Sobre las Medidas cautelares indeterminadas del artículo 1428”, *Justicia*, 1989.
- *Las Medidas Cautelares*, La Ley, 1.^a ed. Madrid, 2000.
- *La ejecución de condenas no dinerarias en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, La Ley, Madrid, 2005.

ORTELLS RAMOS, Manuel con MASCARELL NAVARRO, M^a J., CÁMARA RUIZ, J. JUAN SÁNCHEZ, R., BONET NAVARRO, J., BELLIDO PENADÉS, R., CUCARELLA GALIANA, L. MARÍN PASTOR, J., *Derecho Procesal civil*, Aranzadi, Pamplona, 2002.

ORTELLS RAMOS, Manuel y CALDERÓN CUADRADO, María Pía, *La Tutela Judicial Cautelar en el Derecho Español*, Editorial Comares, Granada 1996.

ORTIZ DE NAVACERRADA, Santiago, *La tercería de dominio según la jurisprudencia última*, Madrid, 1995.

ORTIZ PRADILLO, Juan Carlos, *Las medidas cautelares en los procesos mercantiles*, Iustel, Madrid, 2006.

OTERO LASTRES, José Manuel, “La protección constitucional del derecho de autor: análisis del artículo 20.1.b) CE”, *La Ley*, tomo 2, 1986.

OTTE, Karsten, “Beschränkte Nachprüfbarkeit internationaler Zuständigkeit im Arrestverfahren“, *ZIP Zeitschrift für Wirtschaftsrecht – Revista-* 1991.

OUGH & FLENEY, *The Mareva Injunction and Anton Piller Order*, Practice and Precedents, 2.^a ed., Londres, 1993

O’MALLEY, Stephen y LAYTON, Alexander, *European Civil Practice*, Londres, 1989.

PAPAÑO, Ricardo José, *Acción reivindicatoria y propiedad intelectual*, Astrea, Buenos Aires, 2006.

PARDO IRANZO, Virginia, *Ejecución de sentencias por obligaciones de hacer y no hacer*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

PARDO NÚÑEZ, Celestino, *Anotaciones judiciales de embargo y demanda*, Marcial Pons, Madrid, 1997.

PAULUS, Christoph G., *Zivilprozessrecht. Erkenntnisverfahren und Zwangsvollstreckung*, Berlin, 1996.

PAVONE LA ROSA, Antonio, *El registro delle imprese. Contributto alla teoria della pubblicità*, Milán, 1954

PEDRAZ PENALVA, Ernesto, “La Tutela Cautelar en la Ley de Enjuiciamiento Civil”, en *Las Medidas Cautelares y los Recursos*, (dir. Valls Gombau, José Francisco), Cuadernos de Derecho Judicial X-2000; Consejo General del Poder Judicial, Lerko Print, S.A., Madrid, 2000.

PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, Manuel, *Derechos Reales. Derecho Hipotecario*, Tomo I, Cuarta edición, Centro de Estudios Registrales, Madrid 2001.

PEREZ DAUDÍ, Vicente, *Las medidas cautelares en el proceso de propiedad industrial*, Bosch, Barcelona, 1996.

PÉREZ DE ONTIVEROS BAQUERO, Carmen, *Comentarios al Código civil y compilaciones forales*, (dir. M. Albaladejo y S. Díaz Alabart), tomo V, vol. 4º B, Madrid, 1995.

PERROT, Roger, “Les mesures provisoires en procédure civile”, *Les mesures provisoires en droit français*, Milano, 1985.

PEYRANO, Jorge Walter

- *Medida Cautelar Innovativa*, Ediciones Desalma, Buenos Aires.
- “Reformulación de la teoría de las medidas cautelares: Tutela de urgencia. Medidas autosatisfactivas”, *Ius et Veritas* Nro. 15, Lima

PICARD, Edmond, *Le droit pur*, Flammarion, Paris, 1908.

PICONE, Paolo, “Misure provvisorie in materia familiare e diritto internazionale privato”, *Rivista di diritto internazionale*, 1995

PIEHLER, Klaus, *Einstweiliger Rechtsschutz und materielles Recht*, 1980

PLANCHADEL GARGALLO, Andrea, *La tercería de dominio*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

POCH SERRATS, Juan “Las medidas cautelares en la Ley del Arbitraje”, en *Medidas cautelares por razón de la materia*, Cuadernos de Derecho Judicial, XVII, CGPJ, Madrid, 1997.

PODETTI, Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, Editorial Astrea, Bs. As. 1969.

POTOTSCHING, Paolo “Il sequestro conservativo”, dentro de *Il nuovo processo cautelare* (dir. Tarzia), Padua, 1993

POUILLET, Eugène, *Traité de la propriété littéraire et artistique*, 3.^a ed., París, 1908.

PIETRO-CASTRO FERRÁNDIZ, Leonardo, *Tratado de Derecho Procesal*, vol. II, Pamplona, 1985.

PUIG BRUTAU, José, *Fundamentos de derecho civil*, tomo III, vol. 1, Barcelona, 1978.

RAMOS MÉNDEZ, Francisco,

- *Derecho Procesal Civil*, Tomos I y II, Bosch, Barcelona, 1986
- *Para un proceso civil eficaz*, Univesitat Autònoma de Barcelona, 1982.
- “Las medidas cautelares indeterminadas en el proceso civil”, *Justicia*, Nro. 85.
- “La reforma de la excepciones dilatorias”, en *Comentarios a la reforma de la LEC* (coordinador Cortes, V.), Madrid 1985.
- *La anotación preventiva de demanda*, Bosch, Barcelona, 1980
- *Enjuiciamiento civil*, tomo II, Bosch, Barcelona, 1997

RANGEL SÁNCHEZ, Luis Felipe, *El contrato de representación teatral*, Colección de Propiedad Intelectual, Reus, Madrid, 2003.

RAPISARDA SASOON, “Il nuovo processo cautelare”, en *Le riforme della giustizia civile* (dir. Tarufo, Michele), Turín, 1993.

REBOLLO PUIG, Manuel, “Medidas provisionales en el procedimiento administrativo” *La protección jurídica del ciudadano (Procedimiento administrativo y garantía constitucional)*. Estudios en homenaje al profesor Jesús González Pérez, I, Civitas, Madrid, 1993.

REIMUNDÍN, Ricardo, *Prohibición de innovar como medida cautelar*, Editorial Astrea, Buenos Aires, 1979.

RITTER, Christian, “Zum persönlichen Sicherheitsarrest nach, art. 918, 933 S. 1, 1. Alt ZPO” ZJP, 1975.

ROBLES MORCHÓN, Gregorio, *Las marcas en el derecho español*, 1ª ed., Cívitas, Madrid 1995.

ROCA SASTRE, Ramón María, “Anotación preventiva de demanda, en caso de obligación de entregar unos pisos a construir”, en *Dictámenes jurídicos, II*, Bosch, Barcelona, 1984.

RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel

- *Comentarios a la Ley de Propiedad Intelectual, Texto Refundido Real Decreto Legislativo 1/1996. de 12 de abril*, (dir. José Miguel Rodríguez Tapia), Thomson Civitas, Pamplona, 2007.
- “Siete derechos en busca de autor: la nueva Ley de propiedad intelectual de 11 de noviembre de 1987 (BOE 17 de noviembre)”, *ADC*, 1988.

RODRÍGUEZ TAPIA, José Miguel y BONDIA ROMÁN, Fernando, *Comentarios a la LPI*, Civitas, Madrid, 1997.

ROGEL VIDE, Carlos, *Bienes de la personalidad, derechos fundamentales y libertades públicas*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985.

ROSEMBERG, Leo, SCHWAB, Karl Heinz y GOTTWALD, Peter, *ZPR*, 15ª Ed. Munich, 1993.

SACRISTÁN REPRESA, G., “Protección jurisdiccional de los derechos de autor. La acción de cesación y las medidas cautelares. Problemática de la legislación”, *Propiedad Intelectual: aspectos civiles y penales*, CGPJ, 1995.

SALERNO, Francesco, *La giurisdizione italiana in materia cautelare*, Padua, 1993.

SALVAT, Raymundo M. *Tratado de derecho civil argentino*, Derechos reales, tomo II, Nro. 1209, (actualizado por M. J. Argañaráz), Tea, Buenos Aires, 1961.

SAVATIER, Rene, *Le droit de l'art et des lettres*, París, 1954.

SAMORI, Gianpietro, CARPI, Federico, COLESANTI, Vittorio, TARUFFO, Michelle, *Commentario breve al Codice di Procedura Civile*, 3ª ed., Padua, 1994.

SÁNCHEZ LÓPEZ, José, “La posición constitucional de la Administración inglesa”, en *Política y Sociedad. Estudios en homenaje a Francisco Murillo Ferrol*, Centro de Estudios Constitucionales, I, Madrid, 1987

SÁNCHEZ ROMÁN, Felipe, *Estudios de Derecho Civil*, tomo III, Madrid, 1900.

SAIZ GARCÍA, Concepción, *Objeto y Sujeto del derecho de autor*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2000.

SATANOWSKY, Isidro, *Derecho intelectual*, Tea, Bs. As., 1954.

SCHILKEN, Eberhard, *Die Befriedigungsvergütung*, 1976.

SCHUSCHKE, Winfried y WALKER, Wolf Dietrich “Vollstreckung und vorläufiger Rechtsschutz. Kommentar zum achten Buch der Zivilprozessordnung“. *Band II Arrest, einstweilige Verfügung, arts. 916 a 945 ZPO*, Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1995.

SCHWERDTNER, P., “Zur Dogmatik des Arrestprozesses“, *NJW*, Nro. 222, 1970.

SELLERT, Wolfgang, “Die Reichsjustizgesetze von 1877 – ein denkwürdiges Ereignis?“, *JuS Juristische Schulung* – Revista- 1977.

SERRÁ DOMINGUEZ, Manuel y RAMOS MÉNDEZ, Francisco, *Las Medidas Cautelares en el Proceso Civil*, Industrial Gráficas M. Pareja – Montaña, Barcelona, 1974.

SERRANO GÓMEZ, Eduardo, “El Derecho a la remuneración compensatoria por copia privada”, *La protección de la propiedad intelectual*, Cuadernos de Derecho Judicial, Escuela Judicial Consejo General del Poder Judicial XIII-2001.

SHERIDAN, L.A., *Injunctions in general*, Chichester, 1994.

SOHM, Rodolfo, *Instituciones de Derecho privado romano*, Traducción W. Roces, Madrid, 1928.

SOL MUNTAÑOLA, Mario A., *La Protección de las Ideas (Cómo proteger una creación, diseño, denominación, invento o iniciativa empresarial)*, Editorial Tecnos S.A., Madrid, 1997.

SPELLENBERG, Ulrich y LEIBLE, Stefan, *Die Notwendigkeit vorläufigen Rechtsschutzes bei transnationalen Streitigkeiten*, Gilles (Edit.) Transnationales Prozessrecht, 1995.

SPRUNG, Rainer, “Die Ausgangsposition österreichischer Zivilprozessualistik und ihr Einfluss auf das deutsche Recht“, *ZZP*, Nro. 91, 1978.

STOLZ, Thomas, *Einstweiliger Rechtsschutz und Schadenersatzpflicht*, 1989.

STEINHAUS, Thorsten, “El contrato de representación teatral y ejecución musical”, *Propiedad intelectual*, (dir. M^a Asunción Esteve), Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

SUÁREZ BLAVIA, Ana, *Las tercerías en le derecho español*, Cedecs, Barcelona, 1998.

SUPPERSTONE, Michael y GOUDIE, James, *Judicial Review*, Buterworths, Londres 1992.

TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel,

- *Las condenas no pecuniarias*, Facultad de Derecho Palma de Mallorca, 1984.
- “Las medidas cautelares de la Ley de protección al Honor, la intimidad y la propia imagen”, *Medidas cautelares por razón de la materia* (dir. Fernández-Ballesteros López), CGPJ, Madrid, 1997.

TESO GAMELLA, Pilar, *Medidas Cautelares en la Justicia Administrativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

TOMMASEO, Ferruccio, *I provvedimenti d’urgenza*, Padova, 1983.

TOMÉ PAULÉ, J., “El secuestro judicial”, en *R.I.D.P.*, 1969.

TROCKER, Nicoló, *L’intervento per ordine del giudice*, Milán, 1984.

VALLS GOMBAU, José Francisco

- “Las medidas cautelares reguladas en las leyes especiales”, *Las medidas cautelares*, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial, 1993.
- “Medidas Cautelares en la Ley de Protección Intelectual”, *Medidas Cautelares por razón de la materia*, Cuadernos de Derecho Judicial, (dir. Miguel Ángel Fernández-Ballesteros López), Mateu Cromo S.A., Madrid. 1997

VALPUESTA FERNÁNDEZ, M^a Rosario, *Acción reivindicatoria, titularidad dominical y prueba*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.

VALVERDE Y VALVERDE, Calixto, *Tratado de derecho civil español*, 4^a ed, tomo II, parte especial, Valladolid, 1936.

VÁZQUEZ BARROS, Sergio:

- *Los Interdictos*, 2^a. ed., Bosch, Barcelona, 2005.

- *Las tercerías. Bienes inembargables, bienes inembargables*, Bosch, Barcelona, 2001.

VÁZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos, *Comentario de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Dijusa, Madrid, 2000.

VAZQUEZ SOTELO, José Luis, “La configuración de las medidas cautelares en el anteproyecto de LEC”, en *Presente y Futuro del Proceso Civil* (coord.. PICÓ y JUNOI, J.), ed. Bosch, Barcelona, 1998.

VERDERA SERVER, Rafael, *El cumplimiento forzoso de las obligaciones*, Bolonia, 1995.

VEGA VEGA, Antonio, “Acciones y Procedimientos en Defensa de la Propiedad Intelectual”, en *Reformas Recientes de la Propiedad Intelectual*, Colección de Propiedad Intelectual, (Coordinador Carlos Rogel Vide), REUS S.A., Madrid 2007.

VICENT, Jean y PRÉVAULT, Jacques, *Voies d'exécution*, 8.^a ed., París, 1993.

VILALTA NICUESA, Aura Esther, *Acciones relacionadas con la propiedad intelectual*, Editorial Bosch, Barcelona, Mayo, 1999.

VILALTA, A. Esther y MÉNDEZ, Rosa M., *Acciones confesorias: acción declarativa de dominio*, Bosch, Barcelona, 2000.

VINCENT CHULIÁ, Francisco, *Compendio crítico de Derecho Mercantil*, tomo I, Volumen 2, Barcelona, 1991.

VOGG, Stefan, *Einstweiliger Rechtsschutz und vorläufige Vollstreckbarkeit*, Berlín, 1991.

WADE, H. William R., y FORSYTH, Christopher F., *Administrative Law*, Clarendon Press, 7.^a ed., Oxford, 1994.

WALKER, Wolf Dietrich, *Der einstweilige Rechtsschutz im Zivilprozess und im arbeitsgerichtlichen Verfahren*, Leienen, 1993.

WEBER, Gordon, *Die Verdrüagung des Hauptsacheverfahrens durch den einstweiligen Rechtsschutz in Deutschland und in Frankreich*, Colonia, 1993.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano,

- *Aspectos civiles del nuevo Código Penal*, Dykinson, Madrid, 1997.
- “Evolución histórica del derecho de propiedad intelectual”, *RGLJ*, tomo XCVI, 2ª época, Nro. 4., abril 1988.

YZQUIERDO TOLSADA, Mariano y ARIAZ MÁIZ, Vicente, *Daños y perjuicios en la propiedad intelectual (por una nueva regulación)*, Trama editorial, Madrid, 2006

ZARRELLI, Antonio, *Fungibilità ed infungibilità nell'obbligazione*, E. Jovene, Napoli, 1969.

ZÖLLER, Richard y VOLLKOMMER, Max, *Zivilprozessordnung*, 20ª Ed. Colonia 1997.

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

STC 202/1987 de 17-12-1987.
STC 14/1992 de 10-02-1992, rec. 1219/1988
STC 238/1992 de 17-12-1992, rec. 1445/1987
STC 148/1993 de 29-04-1993.
STC 218/1994 de 18-07-1994, rec. 2566/1991
STC 55/1996, de 28 de marzo (RTC 1996, 55)
STC 161/1997 de 2 de octubre (RTC 1997, 161)

TRIBUNAL SUPREMO

STS de 25 de abril de 1900 (Sala 1ª de lo Civil), Col. Leg. Nro. 105.
STS de 18 de noviembre 1903 (Sala 1ª de lo Civil), Col. Leg. Nro. 116.
STS de 25 de octubre de 1941 (Sala 1ª de lo Civil), RAJ Nro. 1092.
STS de 4 de abril de 1946 (Sala 2ª de lo Penal), RAJ Nro. 466.
STS de 3 de febrero de 1970, ARANZ, Nro. 530.
STS de 23 de mayo de 1975 (Sala 1ª de lo Civil) (Col. Leg. Nro.824).
STS de 29 de noviembre de 1975, ARANZ, Nro. 4 316.
STS de 9 de diciembre de 1985 (Sala 1ª de lo Civil), Col. Leg. Nro. 747.
STS de 30 octubre de 1986 (Sala 1ª de lo Civil), RAJ Nro. 6019.
STS de 1 de junio de 1987 (Sala 1ª de lo Civil), RAJ Nro. 4022.
STS 23 de diciembre 1988, RAJ 7470
STS de la Sala 2ª de 30 de mayo de 1989 (Sala 2ª de lo Penal), RAJ Nro. 4990.
STS de 5 de octubre de 1990, RAJ 7470
STS de 20 de febrero de 1992 (Sala 1ª de lo Civil), RAJ Nro. 1329.
STS de 13 de octubre de 1992 (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo), RAJ Nro. 4905.
STS de 26 de Octubre de 1992 (Sala 1ª de lo Civil), RAJ Nro. 8286.

STS de 30 de junio de 1994 (Sala 3ª de lo Contencioso-Administrativo), RAJ Nro. 5274.

STS 19 de mayo de 1993 (RJ 1993, 3803)

STS de 7 de junio de 1995 (Sala 1ª de lo Civil), RAJ Nro. 4628.

STS de 26 de julio de 1995, RAJ 5740

STS, Sala 1ª. de 5-05-1998, RJ 1998/3235

STS 1ª. de 9-06-1998, RJ 1998/4677

STS, Sala 1ª., de 15-12-1998; RJ 1998/ 10149

STS, Sala 1ª. de 15-07-1999, RJ 1999/5954.

STS 1ª, 22 enero 2000 (RJ 2000, 60)

STS, de 13-12-2000 RAJ 10438.

STS 18 de abril de 2002 (RJ 2002, 3299)

STS, de 30 octubre de 2002 (RJ 2002, 9726)

STS de 7 de mayo 2003 (RJ 2003, 3887)

STS Sala de lo Civil, de 19 de abril de 2007 (Tol 1060329).

STS Sala de lo Civil, de 21 de junio de 2007 (Tol 1116553).

STS Sala de lo Civil, de 12 de Junio de 2007 (Tol 1106827).

AUTOS DE TRIBUNAL SUPREMO

ATS 1ª 14 diciembre 2001 (RJ 2002, 1528)

ATS 1ª 3 mayo 2002 (RJ 2002, 7788)

SENTENCIAS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

SAP Barcelona –Secc. 11.ª 12 de marzo de 1990 RJC, 1990-I, pag. 69.

SAP Barcelona 24 Jul. 1990, RGD 1990 pag. 1785

SAP Granada, 24 de septiembre de 1990; RGD, 1991, pag. 4 653.

SAP Barcelona de 24 de julio de 1990, RGD, 1991, pag. 1 785.

SAP de Barcelona 5-06-1992, RGD, 1993, Nro. 580-581, pag. 628.

SAP de Santander de 3 de Noviembre de 1992, RGDP, pag. 4140.

SAP Santa Cruz de Tenerife, 10 de febrero 1993

SAP de Murcia de 9 de diciembre de 1993, RGDP 93, Nro. 599.
SAP de Valladolid 30-03-1994, RGD, 1995, Nro. 604-605, pag. 1458.
SAP de Sevilla de 18-07-1994 (AC 1994/1354).
SAP Badajoz 1-12-1994 (R. Ar. Civ. 1994, pag.2 198).
SAP Cádiz, 31 de marzo de 1995
SAP de Rioja, de 5-07-1995 (AC 1995/1379)
SAP de Cantabria, Sección 3ª. de 4-10-1995 (AC 1995/2010)
SAP de Barcelona, Sección 15ª, de 15-02-1996 (AC 1996/490)
SAP de Huesca, de 17-12-1996 (AC 1996/2315)
SAP de Zaragoza, Sección 5ª. de 8-01-1997 (AC 1997/181)
SAP de Salamanca de 28-01-1997 (AC 1997/399)
SAP de Badajoz, Sección 2ª. de 10-02-1997 (AC 1997/285)
SAP de Murcia de 18-02-1997 (AC 1997/498)
SAP de Castellón, Sección 2ª. de 1-07-1997 (AC 1997/1608)
SAP de Cuenca de 22-07- 1997 (AC 1997/1607)
SAP de Zaragoza, Sección 5ª., de 8-09-1997 (AC 1997/498)
SAP de Baleares, Sección 3ª., de 25-09-1997 (AC 1997/ 1937)
SAP de Ávila de 14-01-1998 (AC 1998/2770)
SAP de Cantabria, Sección 3ª. de 22-01- 1998 (AC 1998/13)
SAP de Ciudad Real, Sección 1ª., de 12-02-1998 (AC 1998/3436)
SAP de Burgos, Sección 2ª. De 19-02-1998 (AC 1998/3297)
SAP de Cantabria, Sección 3ª., de 23-02-1998 (AC 1998/314)
SAP de Huelva, Sección, 2ª., de 3-03-1998 (AC 1998/3837)
SAP de Burgos, Sección 2ª., de 9-03-1998, (AC 1998/4725).
SAP de Madrid, Sección 13ª. de 13-03-1998, (AC 1998/7003).
SAP de Barcelona, Sección 15ª., de 8-07-1998 (AC 1998/1613)
SAP de Baleares Sección 5ª. de 28-09-1998 (AC 1998/1872)
SAP de Córdoba, Sección 1ª., de 2-03-1999 (AC 1999/4797)
SAP de Asturias, Sección 4ª. de 20-03-1999, (AC 1999/711).
SAP de Cantabria, Sección 3ª, 20-04-1999, (AC 1999/754).
SAP de Castellón, Sección 1ª., de 27-04-1999 (AC 1999/5149)
SAP Málaga, Secc. 6ª, de 2 de junio 1999 (AC 1999, 1561)
SAP de Álava, Sección 2ª., de 7-06-1999 (AC 1999/1443)
SAP de Madrid, Sección 19ª. De 11-06-1999 (AC 1999/1465)

SAP de Alicante, Sección 6ª. De 5-07-1999 (AC 1997/7516)
SAP Navarra, Secc. 1ª de 21 de julio 1999 (AC 1999, 8336)
SAP de Castellón, Sección 3ª. De 30-07-1999 (AC 1999/1924)
SAP de Pontevedra, Sección 5ª. De 4-02-2000 (AC 2000/370).
SAP de Cantabria, Sección 1ª., de 13-06-2000 (AC 2000/1415).
SAP de Madrid, Sección 9ª. De 12-07-2000 (AC 2000/1861)
SAP Barcelona, de 15 de septiembre 2000 (JUR 2000, 308196)
SAP Badajoz, Secc. 3ª, 26 de febrero 2001 (JUR 2001, 138793)
SAP Santa Cruz de Tenerife 1ª 10 setiembre 2001 (JUR 2001, 313615)
SAP Sevilla, 26 noviembre 2001 (JUR 2002, 82634)
SAP Toledo, Secc. 1ª, 3 de mayo de 2002 (JUR 2002, 174094)
SAP Valencia , Secc. 11ª, de 16 de mayo de 2002 (JUR 2002, 231463)
SAP Baleares 5ª 19 setiembre 2002 (JUR 2002, 275757)
SAP Murcia 2ª 9 noviembre 2002 (AC 2003, 521)
SAP Murcia 2ª 16 noviembre 2002, (JUR 2003, 72203)
SAP Baleares, Secc. 3ª, 16 de enero de 2003 (AC 2003, 557)
SAP Álava 2ª 19 de marzo 2003 (AC 2003, 1036)

AUTOS DE AUDIENCIAS PROVINCIALES

AAP Barcelona de 27 de septiembre de 1989-, RJC. 1990-I, pag. 69.
AAP Barcelona 27 Sep. 1989 RGD 1990, pag. 1727
AAP, Barcelona –Secc. 11.ª- 20 de diciembre de 1989 (RGDcho, 1990, pag. 4 889)
AAP Barcelona 24 de mayo 1990 (RJC 1990 IV, p. 1023)
AAP Barcelona de 24 de mayo de 1990, RGD, 1990, pag. 1 727.
AAP Granada – Sección 3ª – 24 de septiembre de 1990, RGD 1991, pag. 4 654.
AAP Málaga, 23-09-1991
AAP de Barcelona, de 6-05-1992 (AC 1992/831).
AAP Barcelona de 20 enero 1994 (AC 1994, 172)
AAP Asturias –Secc. 1.ª – 5-07-1995; Act. Civil 1996, pag. 13.
AAP Almería, 13-11-1995, RGD, 1996, pag. 14 418
AAP Valladolid, Secc. 1ª, 5 de julio 1996 (AC 1996, 1403)
AAP de Sevilla de 25-09-1996 (AC Nro. 17 09-1997, 1 300)

AAP de Barcelona de 22-09-1997, RGD, 1997, pag. 5122.
AAP Badajoz, Secc. 1ª, 1 de setiembre 1999
AAP Asturias 5ª, 22 de setiembre 1998 (AC 1998, 8796)
AAP Barcelona, 14 de octubre 1998
AAP Granada, Secc. 3ª, de 27 de octubre 1998
AAP Baleares, 23 de diciembre 1998
AAP de Sevilla de 2-02-1999 (AC 1999/3572).
AAP Álava, Secc. 1ª, de 21 abril 1999
AAP de Vizcaya, Sección 4ª., de 27-04-1999 (AC 1999/914)
AAP Baleares, 104/1999, de 28 de abril (AC 1999, 6585)
AAP Asturias, Secc. 4ª, 9 junio 1999
AAP Vizcaya, Sección 4ª, 624/1999 de 8 de junio (AC 1999, 6831)
AAP Barcelona, 11 de junio 1999
AAP Vizcaya, Sección 3ª, 402/1999 de 15 de setiembre (AC 1999, 1558)
AAP Lleida, Sección 2ª, 51/2000 de 9 de febrero (AC 2000, 50)
AAP Barcelona, Sección 15ª, de 14 de abril 2000 (AC 2000, 1665)
AAP Madrid, Sección 11ª, de 26 de junio 2000 (AC 2000, 3966)
AAP Valencia, Sección 6ª, 9/2001 de 15 de enero (AC 2001/1260)
AAP Cádiz, Secc. 4ª, 9 de abril de 2002 (JUR 2002, 164522)
AAP Madrid 11ª 15 de abril 2002 (JUR 2003, 46620)
AAP Madrid 18ª., 5 de mayo 2000 (AC 2000, 1999)
AAP Madrid 14ª 24 setiembre 2001 (JUR 2002, 9293)
AAP Girona 169/2001 2ª 29 de noviembre 2001 (AC 2002, 131)
AAP Cádiz, Secc. 7ª, 11 de febrero de 2002 (JUR 2002, 113955)
AAP Santa Cruz de Tenerife 4ª 25 febrero 2002 (AC 2002, 642)
AAP Tarragona, Secc. 1ª, 14 de marzo de 2002 (JUR 2002, 128762)
AAP Barcelona, Secc. 17ª, 26 de marzo de 2002 (JUR 2002, 163185)
AAP Barcelona, Secc. 11ª, 10 de abril de 2002 (JUR 2002, 183592)
AAP Girona, Secc. 2ª., 9 de abril de 2002 (JUR 2002, 183524)
AAP Baleares, Secc. 3ª, 12 de abril de 2002 (JUR 2002, 154433)
AAP Córdoba 3ª 12 abril 2002 (AC 2002, 697)
AAP Madrid 11ª., 15 abril 2002 (JUR 2003, 46620)
AAP Zaragoza 5ª 24 abril 2002 (JYR 2002, 156268)
AAP Cantabria, Secc. 2ª, 9 de mayo de 2002 (JUR 2002, 187403)

AAP León 2ª 10 mayo 2002 (JUR 2002, 198448)
AAP Asturias 4ª 20 mayo 2002 (AC 2002, 1054)
AAP Ceuta 6ª 5 julio 2002 (JUR 2003, 69833)
AAP Cádiz 3ª 6 junio 2002 (JUR 2002, 224078)
AAP Asturias, Secc. 7ª, 13 de junio de 2002 (JUR 2002, 251385)
AAP Valladolid 3ª 28 junio 2002 (AC 2002, 1198)
AAP Ceuta 6ª., 5 de julio 2002 (JUR 2003, 69833).
AAP Baleares 3ª., 4 setiembre 2002 (PROV 2003, 27840).
AAP Baleares, Secc. 3ª, 9 de setiembre de 2002 (JUR 2003, 27886)
AAP Madrid 13ª, 17 setiembre 2002 (JUR 2003, 49180)
AAP Madrid, Secc. 14ª, 24 de setiembre de 2002 (JUR 2003, 49067)
AAP Barcelona 14ª 27 setiembre 2002 (JUR 2003, 22318)
AAP Málaga 5ª., 3 de octubre 2002 (JUR 2003, 70465)
AAP Asturias 4ª 8 de octubre 2002 (AC 2002, 2209)
AAP Baleares 4ª 9 octubre 2002 (JUR 2003, 102294)
AAP Las Palmas 5ª., 10 octubre 2002 (JUR 2003, 80395)
AAP Granada 4ª 14 octubre 2002 (AC 2002, 2328)
AAP Albacete, de 18 de octubre 2002 (JUR 2002, 284525)
AAP Madrid 10ª., 24 de octubre 2002 (JUR 2003, 23818)
AAP Cádiz 1ª 28 de octubre 2002 (JUR 200, 29889)
AAP Granada 4ª 29 octubre 2002 (AC 2002, 1832)
AAP Barcelona, Secc. 1ª, 30 de octubre de 2002 (JUR 2003, 105513)
AAP Baleares 5ª 31 octubre 2002 (JUR 2003, 90876)
AAP Baleares 3ª 4 noviembre 2002, (JUR 2003, 71183)
AAP Valencia 6ª 5 noviembre 2002 (JUR 2003, 30386)
AAP Zaragoza, de 7 de noviembre 2002 (JUR 2003, 13298)
AAP Las Palmas 5ª 7 noviembre 2002 (JUR 2003, 81193)
AAP Cádiz 4ª 7 noviembre 2002 (JUR 2003, 71446)
AAP Asturias 4ª 12 noviembre 2002 (JUR 2003, 91360)
AAP Barcelona 18 noviembre 2002 (JUR 2003, 61608)
AAP Valencia 6ª., 19 noviembre 2002 (JUR 2003, 31594).
AAP Girona 169/2001, de 29 de noviembre (AC 2002, 1311)
AAP Asturias 7ª 30 noviembre 2002 (JUR 2003, 106667)
AAP Barcelona 12ª 30 noviembre 2002 (JUR 2003, 99696)

AAP Granada 4ª 17 diciembre 2002 (JUR 2003, 82556)
AAP Asturias 5ª 19 diciembre 2002 (JUR 2003, 64883)
AAP La Rioja 30 diciembre 2002 (AC 2003, 465)
AAP Málaga 6ª 31 diciembre 2002 (JUR 2003, 65364)
AAP Zaragoza 11 enero 2003 (JUR 2003, 36042)
AAP Madrid, Secc. 12ª, 13 de enero de 2003 (JUR 2003, 127688)
AAP Valencia 9ª 15 enero 2003 (JUR 2003, 75475)
AAP Madrid de 20 de enero 2003 (JUR 2003, 127944)
AAP Córdoba 2ª 27 enero 2003 (JUR 2003, 45252)
AAP Valladolid 3ª 28 enero 2003 (JUR 2003, 55453)
AAP Vizcaya 4ª 28 enero 2003 (AC 2003, 1215)
AAP Valencia, Secc. 7ª, 12 de febrero de 2003 (AC 2003, 1326)
AAP Toledo 1ª 19 febrero 2003, (JUR 2003, 76651)
AAP Valencia 7ª 12 marzo 2003 (AC 2003, 1309)
AAP Valencia 11ª 31 marzo 2003 (JUR 2003, 162668)
AAP Málaga, Secc. 6ª, 23 de abril de 2003 (JUR 2003, 143360)
AAP Burgos, de 14 de mayo 2003, (JUR 2003, 177311)
AAP Huesca 15 mayo 2003 (JUR 2003, 167240)
AAP Madrid 4 de junio de 2003 (AC 2003/2065)
AAP Madrid 21 de febrero de 2005 (AC 2005/262)
AAP Madrid de 20 de abril 2005 (JUR 2005, 114263)
AAP de La Coruña de 11-05- 2006 (AC 2006, 800)

AUTOS DE JUZGADO

Auto de Juzgado Primera Instancia Barcelona 31º 8 de junio 2001 (AC 2001, 2332)
AJPI Santa Cruz de Tenerife 25 marzo 2003 (AC 2003, 408)
Auto del Juzgado de lo Mercantil núm. 2 de Madrid, 24 de noviembre de 2004 (AC 2004, 2054)
Auto Juzgado en lo Mercantil núm. 1 de Cádiz de 28 de diciembre de 2004 (AC 2004, 2075)
Auto del Juzgado en lo Mercantil núm. 1 de Vizcaya de 18 de mayo 2005 (AC 2005, 15401)