

# MEDIDAS CAUTELARES Y PROVISIONALES EN MATERIA MATRIMONIAL: CUESTIONES DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL

A.P. Abarca Junco y M. Gómez Jene  
Derecho Internacional Privado. UNED

## RESUMEN

Este artículo estudia la regulación en el sistema español de jurisdicción civil internacional de las medidas protectoras en materias matrimoniales. Se trata en particular de la aplicación del nuevo *reglamento del Consejo (EC) No. 1347/2000 del 29 de mayo 2000 sobre jurisdicción, reconocimiento y aplicación de sentencias en las materias matrimoniales* para tomar medidas provisionales y protectoras. Considerando que esta regulación afecta solamente la disolución de lazos matrimoniales, la aplicación de su artículo 12 parece ofrecer bastantes dificultades.

**PALABRAS CLAVE:** materia matrimonial, competencia internacional, medidas cautelares, reglamento, derecho autónomo.

## ABSTRACT

This article studies the regulation in the Spanish system of international civil jurisdiction of the protective measures in matrimonial matters. In particular deals with the application of the new *Council Regulation (EC) No. 1347/2000 of 29 May 2000 on jurisdiction and the recognition and the enforcement of judgments in matrimonial matters* to take provisional and protective measures. Taken into account that this Regulation only affects the dissolution of matrimonial ties, it seems to be quite difficult to apply its article 12.

**KEY WORDS:** matrimonial matter, international jurisdiction, provisional and protective measure, regulation.

## I. INTRODUCCIÓN

Tras la entrada en vigor del *Reglamento (CE) 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes* (en adelante, Reglamento matrimonial)<sup>1</sup> son ya varios los instrumentos jurídicos que pueden ser invocados para fundamentar la adopción de medidas cautelares o provisionales en materia matrimonial.

Haciendo una clasificación por materias y desde una perspectiva de *competencia judicial internacional* se contempla el siguiente panorama: para la adopción de medidas derivadas de una acción de nulidad, separación o divorcio, así como para las medidas en materia de responsabilidad parental sobre los hijos comunes, puede ser de aplicación el Reglamento anteriormente citado y, en su defecto, el régimen común de la LOPJ. Por lo que respecta a las medidas cautelares en materia de alimentos, la competencia judicial internacional para adoptarlas podría deducirse *prima facie* de tres instrumentos. Por un lado, y siempre que estuviéramos ante alimentos derivados de la responsabilidad parental, del Reglamento matrimonial. Por otro, del *Reglamento (CE) 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil* (en adelante, Reglamento de Bruselas I)<sup>2</sup>. Y, por último, también podría entrar en aplicación el régimen común de la LOPJ.

Sin embargo, una primera lectura de los preceptos correspondientes arrojan ya una serie de incertidumbres sobre su modo de operar. Máxime si tenemos en cuenta el peculiar ámbito de aplicación material del Reglamento matrimonial. Es por ello que el propósito del presente artículo es el analizar la aplicación de estos instrumentos comunitarios en aquellos supuestos que entendemos especialmente polémicos.

## II. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL RESPECTO A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES EN EL REGLAMENTO MATRIMONIAL

### 1. ÁMBITO DE APLICACIÓN MATERIAL Y PERSONAL DEL REGLAMENTO

En virtud de lo estipulado en su artículo 1, el Reglamento matrimonial es aplicable a los procedimientos civiles relativos al divorcio, a la separación judicial y a la nulidad del matrimonio, así como a los procedimientos civiles relativos a la responsabilidad parental sobre los hijos comunes de los cónyuges en cuestiones estrechamente vinculadas con los procedimientos de nulidad, separación o divorcio<sup>3</sup>.

---

<sup>1</sup> DOCE, L 160/19, de 30.6.2000. El Reglamento en cuestión es producto de una conversión formal del *Convenio sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial*, hecho en Bruselas el 28 de mayo de 1998. Esta conversión, sin embargo, no ha supuesto una modificación sustancial de su articulado. Por ello, es perfectamente útil para la comprensión de este Reglamento el Informe al Convenio (en adelante, *Informe Borrás, DOCE*, C 221, de 16.7.1998).

<sup>2</sup> DOCE, L 12/1, de 16.1.2001. En virtud de lo expuesto en su artículo 76, este texto entrará en vigor el próximo 1 de marzo del 2002. Este Reglamento también es producto de una conversión formal, esta vez del *Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de las resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, hecho en Bruselas el 27 de septiembre de 1968 (CB).

<sup>3</sup> *Vid.* el *Considerando* 9 del Reglamento.

Pese a la aparente amplitud del ámbito de aplicación material de este nuevo instrumento comunitario, lo cierto es que en realidad su aplicación ha quedado extraordinariamente mermada por una lamentable falta de acuerdo político. Y es que el Reglamento limita su aplicación únicamente a la *disolución del vínculo conyugal*<sup>4</sup>. De tal forma que las normas de competencia y el reconocimiento de las resoluciones de divorcio o nulidad sólo afectan a la disolución de dicho vínculo. O dicho en palabras del mismo Reglamento: «el reconocimiento de las resoluciones no afecta a cuestiones tales como la culpa de los cónyuges, el régimen económico matrimonial y las obligaciones de alimentos o a otras posibles medidas accesorias, a pesar de que son cuestiones que aparecen vinculadas a dichos procedimientos»<sup>5</sup>.

Esta restricción del ámbito de aplicación material del texto, no sólo ensombrece el papel que asume en la efectiva construcción del denominado «espacio judicial europeo», sino que además, y desde una perspectiva estrictamente técnica, introduce un importante número de asimetrías —o incluso incoherencias— en la relación de sus preceptos entre sí, y en la relación de sus preceptos con el resto de normas que en cada Estado configuran el sistema de competencia judicial internacional.

A título de ejemplo, la restricción comentada puede dar lugar a supuestos en los que los tribunales españoles sean competentes para conocer de la disolución del vínculo en una separación o en un divorcio, en virtud de alguno de los fueros que recoge el Reglamento y que, sin embargo, no puedan conocer del resto de los efectos de la separación o del divorcio por no ser competentes con arreglo a los fueros de competencia judicial internacional de nuestro ordenamiento de fuente interna —artículo 22 LOPJ—. Del mismo modo, puede darse el supuesto en que nuestros tribunales se declaren competentes en virtud del Reglamento para conocer de un divorcio y, sin embargo, tener que declararse incompetentes para conocer de la pretensión de alimentos, por no darse ni los requisitos que, en esta materia, exige el fuero correspondiente del Reglamento Bruselas I, ni los requisitos que exige el fuero de la LOPJ.

En consecuencia, es posible que los tribunales españoles sean competentes para la disolución del vínculo sobre la base del Reglamento y que no lo sean para conocer del resto de los pronunciamientos, ni sobre la base del Reglamento —por no entrar en su ámbito de aplicación material—, ni tampoco conforme a nuestra LOPJ —por no cumplir con ninguna de las condiciones que sus fueros de competencia judicial internacional exigen—.

Ilustrémoslo con un ejemplo. Dos nacionales españoles con residencia habitual en París y Damasco, respectivamente, pretenden divorciarse. Uno de ellos, sin acuerdo del otro, presenta la pertinente demanda en Madrid, amparándose en el fuero de competencia del Reglamento basado en la nacionalidad común de ambos cón-

---

<sup>4</sup> Explícitamente en este sentido, *Informe Borrás*, núm. marginal 22.

<sup>5</sup> Considerando 10 del Reglamento. Cabe señalar que la versión en castellano de este *Considerando* es levemente confusa. Cfr. con la versión alemana, francesa o inglesa.



yuges. Una vez planteada la demanda, y en virtud del ámbito de aplicación material del Reglamento, el cónyuge en desacuerdo tendría la posibilidad de excepcionar ante el juez español su falta de competencia judicial internacional para pronunciarse sobre todo aquello que no fuera la propia *disolución del vínculo*.

Éste sería, por tanto, el marco que resultaría de la particular delimitación material que tanto los *considerandos* del Reglamento como el *Informe Borrás* establecen.

Ahora bien, si esta delimitación es correcta, confrontando el juego del Reglamento para determinar la competencia judicial internacional del juez español con las disposiciones de nuestro Derecho sustantivo en materia de matrimonio, aparecen importantes distorsiones. En efecto, de ser aplicable el Derecho material español al fondo de la controversia, el juez que conozca de una nulidad, separación, o divorcio, lejos de limitarse a dictar una sentencia que únicamente *disuelva el vínculo*, está obligado a pronunciarse sobre los efectos que de esa separación, nulidad o divorcio se derivan<sup>6</sup>.

A este respecto, sólo podemos señalar que, para evitar este tipo de supuestos, sería mucho más lógico y menos complicado interpretar que la *disolución del vínculo* como criterio de delimitación del ámbito material del Reglamento se construye únicamente al ámbito del reconocimiento, de tal forma que no afectase al ámbito de la competencia judicial internacional. Así, y en virtud de esta interpretación, las normas del Reglamento otorgarían al juez competencia para conocer de la disolución del matrimonio en «toda su extensión», mientras que el reconocimiento de esa sentencia vía Reglamento sería necesariamente parcial, afectando sólo a aquella parte de la misma en la que se dispusiese la disolución del vínculo. Sin embargo, al día de hoy, y a falta de jurisprudencia al respecto, no encontramos argumentos técnicos lo suficientemente sólidos como para defender esta postura y, por consiguiente, parece más prudente ceñirse a la interpretación que sugieren tanto el respectivo *considerando* del Reglamento como el *Informe Borrás*<sup>7</sup>.

En cuanto al ámbito de aplicación personal del Reglamento, y por lo que ahora interesa, baste con destacar que no existe un presupuesto general de aplicación de éste tal y como se concibe en el CB —domicilio del demandado en la Comunidad, con sus pertinentes excepciones—. Así, el mismo Reglamento considera que los criterios atributivos de competencia parten del principio de que exista un vínculo real entre una parte y el Estado miembro que ejerce esa competencia. De

---

<sup>6</sup> Así puede deducirse fácilmente de determinados preceptos del Código civil. *Cfr.* el artículo 81.1 y el artículo 86 *in fine*. En ambos se exige la presentación, junto con la demanda —de separación en virtud del primero y de divorcio en virtud del segundo—, del convenio regulador. Hecho, este último, que obligará al juez a pronunciarse sobre distintos extremos. En sentido similar, *vid.* también el artículo 91 Cc.

<sup>7</sup> Quizá una interpretación generosa del *Considerando* 10 del Reglamento abra la puerta a esta forma de entender su ámbito de aplicación material. Pero para que esto sea así, será necesario un pronunciamiento del TJCE al respecto.

tal modo que, para la aplicación de las normas de competencia de este instrumento, únicamente es necesario que se den las condiciones que exigen sus fueros de competencia<sup>8</sup>.

## 2. EL ARTÍCULO 12 DEL REGLAMENTO MATRIMONIAL

El artículo 12 del Reglamento, inserto en su Sección 4 —medidas provisionales y cautelares—, establece:

En caso de urgencia, las disposiciones del presente Reglamento no impedirán que los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro adopten medidas provisionales o cautelares previstas en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro relativas a las personas o los bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud del presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo.

Una primera aproximación a este precepto nos ofrece el siguiente cuadro. En tanto en cuanto está ubicado en el capítulo II —Competencia judicial— parece referirse por igual a las acciones de divorcio y a las de responsabilidad parental. Y dado que respecto de la primera acción citada —divorcio— no son posibles medidas cautelares ni provisionales —recordemos que el Reglamento parece aplicarse únicamente a la *disolución del vínculo*—, es lógico inferir que las cautelas a las que la norma alude son aquellas que se llevan a cabo sobre bienes, con el fin de asegurarlos estando pendiente o, todavía no, una demanda de divorcio, separación o nulidad.

Por tanto, estaríamos ante medidas que recaen sobre materias que están excluidas del ámbito de aplicación material del Reglamento. En este sentido se manifiesta también el *Informe Borrás* al precisar que «el Convenio nada dice sobre el tipo de medidas ni tampoco sobre los vínculos de las mismas con la demanda matrimonial. De ahí, pues, que las medidas puedan afectar incluso a materias no incluidas en el ámbito del Convenio». La única condición que a este respecto exige el citado *Informe* es que «se trate de acciones previstas en las normas internas»<sup>9</sup>.

El *Informe* no aborda, sin embargo, la posibilidad de que tales medidas provisionales puedan ser adoptadas por el mismo tribunal que conoce del divorcio o

---

<sup>8</sup> Vid. el *Considerando* 12 del Reglamento. Sobre el ámbito de aplicación personal de este instrumento, vid. in extenso ABARCA JUNCO, A.P.: «El Convenio europeo sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones judiciales en materia matrimonial», AAVV, *Disyuntivas en los pleitos matrimoniales de separación y divorcio*, Madrid, 2000, pp. 275-279; *Idem.*, «Separación matrimonial y disolución del matrimonio», en PÉREZ VERA, E. (dir.): *Derecho internacional privado*, UNED, 2000, vol. II, pp. 141-149; GÓMEZ JENE, M.: «El reglamento comunitario en materia matrimonial: criterio de aplicación personal, privilegios de los nacionales comunitarios y discriminación por razón de la nacionalidad», *La Ley*, núm. 5.321, 1.6.2001.

<sup>9</sup> Vid. ambas referencias en el núm. marginal 59 del *Informe*.



separación. Y aunque tras la lectura del *Informe* la respuesta afirmativa a esta cuestión parezca obvia, esta vía también plantea cierta confusión en torno a la posterior aplicabilidad del capítulo III del Reglamento —Reconocimiento y ejecución—<sup>10</sup>.

Con estas coordenadas a la vista, procede ahora delimitar el alcance del precepto, tomando como referencia en esta operación las normas homólogas del CB y del Reglamento Bruselas I.

### 3. EL ALCANCE DEL ARTÍCULO 12 DEL REGLAMENTO MATRIMONIAL: UNA COMPARACIÓN CON EL ARTÍCULO 24 CB Y EL ARTÍCULO 31 DEL REGLAMENTO BRUSELAS I

A pesar de las dudas y críticas que el artículo 24 CB ha suscitado, el tenor del artículo 31 del Reglamento Bruselas I reproduce literalmente aquel precepto, a salvo una leve modificación en la expresión «Estado contratante» —sustituida por la expresión «Estado miembro»—. Así, el actual artículo 31 del Reglamento establece:

Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado miembro a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Reglamento, un tribunal de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo.

Tanto el alcance de este artículo como los particulares problemas de aplicación que suscita, han sido cuestiones profundamente estudiadas ya por nuestra doctrina<sup>11</sup>. Sin ánimo de incidir nuevamente sobre estas cuestiones, a los efectos del presente trabajo basta con traer a colación una enumeración de los puntos más controvertidos. En este sentido, ha ocupado un lugar preferente el estudio sobre la calificación de esta norma como *norma de remisión* o como *norma de competencia internacional*. Otras cuestiones giran en torno a la necesidad de un concepto autónomo de «medidas provisionales o cautelares»; en los efectos extraterritoriales de las medidas adoptadas en virtud del precepto; en la competencia sobre el proceso principal de un tribunal comunitario como condición necesaria para su aplicación; y, finalmente, en el domicilio del demandado en la Comunidad como requisito también necesario para su aplicación.

En la medida en que el *Informe Borrás* especifica que «Salvo que se diga otra cosa, en principio, los términos idénticos en el Convenio de Bruselas de 1968 y en

<sup>10</sup> *Vid. supra*, epígrafe 4.

<sup>11</sup> Estudiados, claro está, desde su ubicación en el CB. Los referentes doctrinales más sobresalientes sobre este polémico artículo son: GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Madrid, 1996; FUENTES CAMACHO, V.: *Las medidas provisionales y cautelares en el espacio judicial europeo*, Madrid, 1996; GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Medidas cautelares de proceso civil extranjero (Artículo 24 del Convenio de Bruselas)*, Granada, 1998; CARRILLO POZO, LF.: «Artículo 24» en CALVO CARAVACA A.L. (ed.): *Comentario al Convenio de Bruselas relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil*, Madrid, 1994, 428-450.



el presente Convenio se considera que tienen el mismo significado y, por ello debe considerarse al respecto la jurisprudencia del TJCE»<sup>12</sup>, procede determinar cuáles son las coincidencias y diferencias entre ambos preceptos, teniendo en cuenta para ello las sentencias que el TJCE ha dictado al respecto.

Con carácter previo, sin embargo, puede afirmarse que la necesidad o conveniencia de mantener un concepto autónomo de medidas provisionales o cautelares tal y como se predica del CB —y ahora Reglamento Bruselas I— sigue siendo predicable respecto del Reglamento comunitario en materia matrimonial. En consecuencia, también es extrapolable a este contexto la polémica doctrinal en torno a la significación amplia o restrictiva que debe encerrar la noción autónoma en cuestión<sup>13</sup>.

Como es sabido, el Tribunal de Justicia ya se ha decantado por esta vía de la interpretación autónoma y, en este sentido, entiende como «medidas provisionales o cautelares a efectos del artículo 24 las medidas que, en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Convenio, están destinadas a mantener una situación de hecho o de Derecho para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo del asunto»<sup>14</sup>.

Respecto a las coincidencias entre estos preceptos, estimamos que en ambos es presupuesto de aplicación necesario que «en virtud del presente Reglamento» un Tribunal de un Estado miembro sea competente para conocer sobre el fondo. De tal forma que, si el Tribunal que conoce o vaya a conocer sobre el fondo no fuera —siquiera en abstracto— competente en virtud del Reglamento, no serían de aplicación los preceptos en cuestión<sup>15</sup>.

También permiten ambos textos la posibilidad de pedir medidas ante demanda —posibilidad silenciada en el *Informe*—, que finalizarán en el plazo y condiciones marcados por la legislación interna del Estado donde se soliciten.

Así, en el supuesto de medidas solicitadas tras la interposición de la demanda, aclara el *Informe* que cesarán «cuando la Autoridad competente dicte una decisión sobre la base de uno de los criterios de competencia del Convenio y dicha decisión se reconoce (o ejecuta) en el ámbito del presente Convenio. Otras medidas relati-

---

<sup>12</sup> Núm. marginal 6 del *Informe*.

<sup>13</sup> *Vid. in extenso* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: *El régimen...*, cit., pp. 74-79; GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Medidas cautelares...*, cit., pp. 34-36. A este respecto *vid.* también las Sentencias del TJCE de 17.11.1998 y 27.4.1999, asuntos C-391/95 y C-99/96 respectivamente.

<sup>14</sup> Sentencia del TJCE de 26.3.1992, asunto C-261/90, apartado 34.

<sup>15</sup> La cuestión no es en absoluto pacífica. En nuestra opinión, cualquiera que sea el criterio hermenéutico escogido —lógico, sistemático, o teleológico— se llega en primera instancia a esta conclusión, y creemos, por tanto, que es la interpretación que debe prevalecer. Sin embargo, reconocemos la coherencia de aquel planteamiento que defiende la aplicabilidad de esta norma aun cuando el Tribunal que conoce sobre el fondo no fuera competente en virtud de las normas de competencia del Reglamento. Sobre esta polémica *cfr.* GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Medidas cautelares...*, cit., pp. 212-213 y GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: *El régimen...*, cit., pp. 99-101.



vas a materias excluidas del ámbito del Convenio continuarán aplicándose hasta que se tomen resoluciones adecuadas, por un órgano jurisdiccional competente, por ejemplo, para regímenes matrimoniales». En el primer supuesto, cuando se reconoce el divorcio por ejemplo, es seguro ha de ser competente un Tribunal comunitario. Mientras que en el segundo —sin equivalencia en Bruselas I— lo veremos a continuación.

Y del mismo modo que ocurre en el Reglamento Bruselas I, las medidas a adoptar —de ser posible— serían las previstas en el ordenamiento jurídico del tribunal donde se hayan solicitado. En concreto, en el caso del ordenamiento jurídico español, las medidas serían aquellas que están previstas el artículo 102 y siguientes del Cc., que incluyen tanto las relativas a los cónyuges como a la responsabilidad parental. Cabe destacar que dentro de estas medidas se encuentran los alimentos, tanto del cónyuge como de los hijos. Y, como posteriormente desarrollamos, esta circunstancia permite pensar que para la adopción de determinadas medidas —alimentos— podrían invocarse ambos reglamentos.

En cuanto a las diferencias, es de señalar que el artículo 12 del Reglamento matrimonial, a diferencia de su norma homóloga, recoge ciertos criterios de aplicación. En efecto, las medidas a que se refiere son aquellas *urgentes, relativas a las personas o los bienes presentes en un Estado miembro*. Por tanto, definidos los criterios de aplicación, la necesidad de remisión a los derechos nacionales en materia de competencia judicial internacional deja de ser necesaria. El hecho de que estos criterios de aplicación —tácitos en el artículo 24 CB, según algunos autores<sup>16</sup>— se incorporen ahora al tenor de la norma, permite considerar el precepto como una *norma de competencia internacional* y no de *remisión* como lo es en el Reglamento Bruselas I.

Del mismo modo, y a diferencia de las medidas contempladas en el Reglamento Bruselas I, en principio y siempre conforme al *Informe Borrás*, en el caso de que pudiese ser o sea ya competente un tribunal comunitario en las acciones de divorcio, separación, nulidad o en materia de responsabilidad parental, se podrán solicitar las medidas cautelares relativas a materias excluidas del Reglamento en otro Estado miembro, con la condición —eso sí— de que tengan carácter de urgencia y las personas o bienes se encuentren en su territorio.

Por otro lado, las medidas que contempla el Reglamento matrimonial son de carácter territorial, esto es, sólo se adoptan si se hallan en ese Estado las personas o los bienes objeto de las cautelas. Consecuencia de esta delimitación espacial es que no serán susceptibles de reconocimiento en otro Estado<sup>17</sup>.

Ahora bien, el hecho de que esto sea así —efecto territorial— no impide que el tribunal que conozca sobre el fondo —*ad. ex.* de un divorcio— pueda adop-

<sup>16</sup> GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.: *El régimen...*, *cit.*, pp. 92-96.

<sup>17</sup> Así se deduce también del *Informe Borrás*, núm. marginal 59 a *sensu contrario*.

tar medidas cautelares que tengan alcance extraterritorial. Sin embargo, y como a continuación abordamos, el problema que esta opción plantea es su reconocimiento vía Reglamento, pues se trataría de medidas cautelares sobre materias excluidas de su ámbito de aplicación material.

Otra diferencia importante es que no tienen presupuesto general de aplicación. En efecto, como anteriormente advertíamos, el Reglamento matrimonial no requiere del domicilio del demandado en un Estado miembro para aplicar sus normas de competencia internacional. Basta con la existencia de un «vínculo real entre una parte y un Estado miembro»<sup>18</sup>. Ese vínculo se dará cuando una parte tenga bienes o hijos en el territorio del tribunal donde se solicitan las medidas. En definitiva, el tradicional requisito del domicilio del demandado en la UE para la adopción de cautelas vía artículo 24 CB —31 Reglamento Bruselas I— desaparece en el Reglamento comunitario.

#### 4. CONSECUENCIAS DEL DISTINTO ÁMBITO MATERIAL DE LOS REGLAMENTOS SOBRE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 12 DEL REGLAMENTO MATRIMONIAL

Sin duda, los problemas más importantes que plantea este Reglamento están vinculados a la posibilidad —enunciada en el *Informe Borrás*— de que un tribunal no competente para conocer de las materias que se derivan o pueden derivarse de un divorcio, una separación o una nulidad, sí lo sea, en cambio, para adoptar medidas provisionales en relación a aquellas. Y esto es posible en dos circunstancias. Por un lado, respecto del tribunal que conoce sobre la disolución del vínculo —y que, por tanto, puede no ser competente para el resto de los efectos—. Por otro, y poniendo en relación aquella posibilidad con el artículo 12 del Reglamento, resultaría que, basándose en un proceso principal que tiene por objeto un divorcio, separación, o nulidad, un tribunal extranjero sería competente para adoptar medidas provisionales sobre materias que estarían excluidas del proceso principal —*ad. ex. medidas sobre el régimen económico matrimonial*—.

Con carácter previo al estudio de la viabilidad de este supuesto tal y como aparece descrito en el *Informe*, debe tenerse muy en cuenta que una de las características principales de las medidas cautelares es, precisamente, su subordinación a un proceso principal. Es más, la medida cautelar debe estar necesariamente subordinada a un proceso principal: «las medidas cautelares o provisionales necesitan ontológicamente la existencia de otro proceso judicial»<sup>19</sup>. De tal modo que, si el proceso principal en cuestión no existe, las medidas cautelares no tienen sentido. Así lo ha puesto de relieve, siquiera implícitamente, el TJCE en su Sentencia de 26 de marzo de 1992: «[...] están destinadas a mantener una situación de hecho o de derecho

<sup>18</sup> *Vid. supra* nota a pie núm. 8.

<sup>19</sup> GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Medidas cautelares...*, *cit.*, p. 40.

para salvaguardar derechos cuyo reconocimiento se solicita, además, al Juez que conoce del fondo del asunto» y «a la espera de una resolución del Juez sobre el fondo del asunto»<sup>20</sup>.

E igualmente importante es en este contexto la jurisprudencia asentada por este mismo Tribunal respecto del artículo 24 CB<sup>21</sup>. Y en particular, es relevante la interpretación que en este precepto se da a la expresión «fondo del proceso». En este sentido, el Tribunal de Luxemburgo ha interpretado que cuando estemos ante un proceso principal con varios objetos, «fondo» se refiere a cualquiera de los objetos concretos del proceso, y no necesariamente al principal —es decir, la acción concreta o ejercitada ante el juez competente—. De ello se deduce que no es necesario que la medida dependa del proceso principal —estado civil—, sino que basta con que esté ligada a uno de los objetos del proceso —alimentos— para que pueda ser solicitada conforme al CB. Y es que, si esto no fuera así, no podrían solicitarse medidas cautelares de alimentos cuando el proceso versara sobre el estado civil, pues los procesos sobre esta materia están excluidos del ámbito de aplicación material del hoy Reglamento Bruselas I.

Pues bien, con estos datos a la vista, debemos señalar que la diferencia entre ambos reglamentos estriba en que si en el Reglamento Bruselas I es el objeto principal del proceso el excluido del ámbito de aplicación material del mismo (estado civil) y alguno de los objetos del proceso los incluidos (alimentos), en el Reglamento matrimonial sucede justamente lo contrario, pues es el objeto principal (divorcio) el incluido en el ámbito material y el resto de las materias, que en algún caso pueden ser objeto del mismo proceso, las excluidas.

En el supuesto de que un tribunal fuera competente conforme al Reglamento para conocer de la *disolución del vínculo*, y competente conforme a su legislación de fuente interna para conocer del resto de los efectos, podrá tomar las cautelas necesarias. Ahora bien, si resulta que ese tribunal sólo es competente conforme al Reglamento para la *disolución del vínculo*, y no lo es conforme a sus normas de fuente interna para los otros efectos, surgirían una serie de problemas.

Por lo que ahora importa, pues, se trata de determinar si en el Reglamento matrimonial las medidas cautelares están subordinadas al proceso principal —*disolución del vínculo*— o si, por el contrario, la medida está subordinada a los diferentes procesos sobre los efectos del divorcio o la separación. Efectos que están excluidos del ámbito de aplicación material del Reglamento y de los que, por tanto, pueden conocer otros tribunales, sean o no comunitarios<sup>22</sup>.

---

<sup>20</sup> Asunto C-261/90.

<sup>21</sup> Cfr. las Sentencias de 27.3.1979, asunto 143/78; de 6.3.1980, asunto 120/79; y, de 31.3.1982, asunto 25/81. Para un estudio confrontado de todas ellas, *vid.* los trabajos citados en la nota a pie núm. 11.

<sup>22</sup> Repárese en que la responsabilidad parental no plantea problemas. Por otro lado, el término «responsabilidad parental», según se expresa en el *Informe Borrás*, debe ser precisado por el ordenamiento jurídico del Estado en el que ésta se examina. *Vid.* núm. marginal 24 del *Informe*.

A) Si interpretamos el término «fondo» en sentido amplio, incluyendo en él los procesos sobre materias relativas al divorcio pero distintas de la propia *disolución del vínculo*, estaríamos violando la letra del artículo 12, pues este precepto exige que el tribunal que fuere competente para conocer sobre el fondo lo sea en «virtud del presente Reglamento». Y, como es el caso, esta circunstancia no se daría cuando la materia estuviese excluida de su ámbito de aplicación material.

A no ser que interpretáramos, ampliando y desnaturalizando las observaciones de KAYE al artículo 24 CB (en referencia a la no necesidad del domicilio del demandado en la Comunidad), que esta frase significa que es el Reglamento el que obliga a los Estados miembros a conocer conforme a sus derechos internos en estas materias, al no estar éstas incluidas en el mismo y que por tanto, conocen «en virtud del presente Reglamento»<sup>23</sup>.

Pero si insistimos en esta interpretación amplia, aún se derivarían diversas consecuencias. En primer lugar, el tribunal que conociese conforme al Reglamento matrimonial sobre la separación, divorcio, o nulidad —o en su caso, el tribunal ante el que se piden las medidas—, antes de dictar las cautelas pertinentes tendría que constatar previamente la competencia de un tribunal comunitario para conocer de dichas materias. Y es que no podría dictarlas si ningún tribunal comunitario fuera competente, pues el artículo 12 exige con meridiana claridad que sobre «el fondo» debe ser competente un tribunal comunitario.

En segundo lugar, la resolución sobre el divorcio no implicaría el cese de las medidas, ya que nada dispondría ese Tribunal sobre la materia objeto de éstas. Habría que esperar a que se pronunciaran los tribunales competentes sobre ellas. Ésta es la idea expuesta en el *Informe Borrás*: «Otras medidas relativas a materias excluidas del ámbito del Convenio continuarán aplicándose hasta que se tomen resoluciones adecuadas por un órgano jurisdiccional competente»<sup>24</sup>. No especifica, sin embargo, si el término «competente» debe entenderse referido tanto a los tribunales no comunitarios como a los comunitarios. En el caso de que «competentes» se refiera a todos, no se cumpliría la exigencia de que «sobre el fondo» esté conociendo un tribunal comunitario.

Por otra parte, debe repararse en que el Reglamento no exige que se haya iniciado o vaya a iniciarse un proceso sobre el mismo objeto al que las medidas tienden a asegurar. Cuestión ésta que, en nuestra opinión, debería exigirse como condición para la invocación del artículo 12.

Y finalmente esta interpretación amplia del término «fondo» también echaría por tierra la realizada por la doctrina con ocasión de la interpretación del artículo 24 CB, en el sentido de que únicamente podrían adoptarse medidas cautelares si la resolución que resuelve sobre el fondo tiene una alta probabilidad de ser reconocida

---

<sup>23</sup> KAYE, P.: *Civil Jurisdiction and Enforcement of Foreign Judgments*, Abingdon, 1987, p. 1.192.

<sup>24</sup> *Informe Borrás*, núm marginal 59 *in fine*.



en el Estado en el que se adoptaron<sup>25</sup>. En efecto, al estar aquellas resoluciones excluidas por razón de la materia del procedimiento de reconocimiento del Reglamento, no tendrían esa posibilidad. Y aún más, para dictar tales medidas el Tribunal del divorcio o el Tribunal ante el que se hayan solicitado tendrían que hacer una prospectiva de las posibilidades de reconocimiento en el ordenamiento del foro de estas resoluciones.

La conclusión es que no queda clara la vinculación del proceso principal, del que conoce un tribunal competente conforme al Reglamento, con las medidas cautelares; aunque sí queda claro que «fondo» en este Reglamento significa proceso principal —*disolución del vínculo*—, ya que de las otras materias no conocerían los tribunales «en virtud del Convenio» y, por tanto, no sería aplicable este artículo.

B) Si interpretamos el término «fondo» en sentido estricto, considerando que se refiere únicamente al proceso principal —*disolución del vínculo*—, la necesaria u ontológica vinculación con otro proceso para que puedan otorgarse medidas cautelares no se daría. Y decimos que esa vinculación no existiría en relación con el artículo 12 del Reglamento matrimonial puesto que en la demanda sobre separación, nulidad o divorcio no se pediría pronunciamiento alguno sobre los efectos del divorcio —por posible incompetencia de los mismos tribunales— y, en consecuencia, el tribunal que conoce de la *disolución del vínculo* no va a dictar una resolución sobre estas materias.

En conclusión, si como parece deducirse del mismo Reglamento el término «fondo» debe interpretarse en sentido estricto —incluyendo únicamente la *disolución del vínculo*— debemos convenir que el objeto protegido por las medidas no va a ser el mismo que el objeto de la sentencia (puesto que sobre *la disolución del vínculo* no es posible adoptar cautelas). Esto es, el derecho tutelado por las medidas no forma parte del proceso principal, sino de otros procesos que pueden estar pendientes, o no estarlo, ante tribunales distintos. Esta disociación es a nuestro entender inviable y, por tanto, pensamos que no es posible la adopción de medidas provisionales sobre las materias excluidas del Reglamento. Es decir, con base al Reglamento no es posible adoptar cautelas sobre los efectos de la separación, nulidad o divorcio, ni por el tribunal que conoce del mismo, ni por un tribunal distinto.

### III. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL RESPECTO A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES EN MATERIA DE ALIMENTOS EN EL REGLAMENTO DE BRUSELAS I

A los efectos de este epígrafe, únicamente es de interés aquel supuesto en el que, junto al proceso matrimonial, cualquiera de los cónyuges inicia otro proceso

---

<sup>25</sup> *Vid.* los estudios doctrinales citados en la nota a pie núm. 11.

cuyo objeto es la reclamación de alimentos basándose en el Reglamento Bruselas I. No nos referiremos, por tanto, a los alimentos que son objeto del proceso principal incoado conforme al Reglamento matrimonial —responsabilidad parental—.

En este sentido, y como es sabido, los alimentos forman parte del ámbito de aplicación material del Reglamento Bruselas I. Así, su artículo 5.2 prevé un fuero especial de competencia no sólo para aquellos supuestos en los que la reclamación se hace a título principal, sino también para aquellos otros en los que la reclamación de alimentos constituye una demanda incidental o accesorio a una acción relativa al estado de las personas. En este último caso tendrá competencia especial el «tribunal competente según la ley del foro para conocer de ésta, salvo que tal competencia se fundamentare exclusivamente en la nacionalidad de una de las partes»<sup>26</sup>.

Y por lo que respecta a la noción de «alimentos», es menester destacar que en virtud de las amplias coordenadas que ofrece el *Informe Schlosser*<sup>27</sup> y de la jurisprudencia del TJCE<sup>28</sup>, debe ser objeto de una calificación autónoma.

Pues bien, con estos elementos a la vista, cobra especial interés el estudio de las diferencias que pueden suscitarse entre solicitar las medidas provisionales vía Reglamento Bruselas I o vía Reglamento matrimonial, si es que —y de acuerdo con el *Informe Borrás*— ambas opciones son posibles.

En este sentido, debe destacarse que no todas las personas que pueden acogerse al Reglamento matrimonial pueden hacerlo también al Reglamento Bruselas I. En efecto, si el demandado no está domiciliado en la Comunidad, las medidas provisionales vía Reglamento Bruselas I no podrían adoptarse en ningún caso<sup>29</sup>. Ni por el cauce del artículo 31 del Reglamento, ni cuando el tribunal que deba adoptarlas fuese el que conoce del objeto del proceso que las medidas van a asegurar. Y es que, al no darse el requisito del domicilio en la Comunidad no sería competente —en conformidad con los fueros del Reglamento— en relación al objeto principal.

Sin embargo, el Reglamento matrimonial no sólo es de aplicación siempre que el demandado esté domiciliado en la Comunidad. También lo es cuando se den las condiciones que exigen sus fueros de competencia. Y entre esas condiciones, no siempre se exige el domicilio en la Comunidad. El ámbito de aplicación personal de este Reglamento es, por tanto, mucho más amplio que el del Reglamento Bruselas I. Y ello es así tanto si las medidas se adoptan por el tribunal que conoce del divorcio como si se opta por acudir a un tribunal de otro Estado miembro.

---

<sup>26</sup> Es de destacar que la excepción que prevé el último inciso de esta norma no operará frente a nuestra LOPJ ya que la nacionalidad no es tomada como criterio único en ninguno de los foros relativos a las causas matrimoniales.

<sup>27</sup> *DOCE* C 189, de 28.7.1990. pp. 184-256. Sobre la noción de alimentos *vid.* núm. marginal 91-97.

<sup>28</sup> *Vid.* las Sentencias del TJCE de 6.3.1980 y de 27.2.1997, asuntos 120/79 y C-220/97 respectivamente.

<sup>29</sup> Eso, si aceptamos que el domicilio del demandado es presupuesto de aplicación del artículo 31 del Reglamento.



En cualquier caso, si se opta por la interpretación que del artículo 12 da el *Informe Borrás*, los domiciliados en la Comunidad pueden optar por uno u otro<sup>30</sup>. Ahora bien, según el sistema del Reglamento Bruselas I, las medidas cautelares han de estar vinculadas a uno de los objetos del proceso principal. Y es la materia de este objeto del proceso la que va a determinar la competencia del tribunal sobre las medidas cautelares que tienden a ampararlo. Por tanto, en el supuesto de que las medidas se soliciten ante el mismo tribunal que está conociendo de la reclamación de alimentos, es necesario saber qué fuero de competencia prevé el Reglamento en esta materia. Como acabamos de ver, junto al fuero general del domicilio del demandado y el referido al acreedor de alimentos, existe aquel que hace competente al tribunal que está conociendo del estado civil; esto es, en muchos casos, el tribunal competente conforme al Reglamento matrimonial. Así, el tribunal que conforme a este instrumento tenga competencia para conocer de la *disolución del vínculo*, la tendrá siempre en materia de alimentos.

Además y conforme al artículo 31 del Reglamento, una vez que un tribunal comunitario esté conociendo del fondo —alimentos— se podrán solicitar cautelas ante cualquier otro tribunal de un Estado comunitario. Y en este sentido, la calificación de dicho precepto como *norma de remisión* o como *norma de competencia internacional especial* es irrelevante, pues el resultado será el mismo: apoyándonos en el artículo 22.5 LOPJ o únicamente en el artículo 31 del Reglamento, la condición —además de la necesaria urgencia— de que los bienes o personas se hallen en el Estado donde se piden las medidas se cumplirá en todo caso; bien por exigencia legal, o bien por la mera práctica<sup>31</sup>.

Por otro lado, y a diferencia de lo que ocurre con las medidas adoptadas vía Reglamento matrimonial, éstas tendrán alcance extraterritorial. Siempre y cuando, claro está, cumplan tanto con las condiciones para el reconocimiento de resoluciones judiciales previstas en el Reglamento, como con las condiciones desarrolladas jurisprudencialmente<sup>32</sup>.

---

<sup>30</sup> A excepción de los incluidos en la responsabilidad parental, donde se aplicaría el Reglamento matrimonial.

<sup>31</sup> En efecto, como destaca F. Gascón, en referencia al artículo 24 CB «solicitar medidas cautelares en un Estado diferente al del proceso principal es una actividad costosa, y acudir a ella obedece a razones de necesidad o utilidad.... Por ello... en la práctica sólo invertirá de competencia internacional a los Tribunales de aquél (Estado) donde se hallen los bienes o las personas sobre los que versa la medida». GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Medidas cautelares...*, cit., p. 194.

<sup>32</sup> En este sentido, no debe olvidarse la jurisprudencia asentada por el TJCE en su Sentencia del 21.5.1980, asunto 125/79, en virtud de la cual, «las resoluciones judiciales por las que se adoptan medidas provisionales y cautelares, dictadas sin que la parte contra la que vayan dirigidas haya sido citada para comparecer y destinadas a ejecutarse sin haber sido previamente notificadas a esta última parte, no pueden acogerse al régimen de reconocimiento y de ejecución previsto por el Título III del Convenio... de Bruselas».

#### IV. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL RESPECTO A LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS PROVISIONALES EN MATERIA MATRIMONIAL EN EL DERECHO AUTÓNOMO ESPAÑOL

En determinados supuestos, será el derecho autónomo español el que determine la competencia de nuestros tribunales respecto de las medidas cautelares derivadas de un divorcio, una separación, o una nulidad. En efecto, serán de aplicación las normas autónomas —o de fuente interna— cuando el Reglamento matrimonial no sea aplicable. Y del mismo modo, también se aplicarán las normas autónomas cuando las medidas se soliciten sobre la base de un proceso —que no sea divorcio, separación o nulidad, sino por ejemplo, de disolución del régimen matrimonial— y del que esté conociendo un tribunal extranjero —sea o no comunitario—.

El precepto aplicable será el artículo 22.5 LOPJ, a cuyo tenor:

En el orden civil, los Juzgados y Tribunales españoles serán competentes...

Cuando se trate de adoptar medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español o deban cumplirse en España.

La existencia misma de este apartado 5 en el artículo 22 —artículo en el que se determinan los fueros de competencia judicial internacional de los tribunales españoles— nos indica que si se dan los requisitos que recoge, nuestros tribunales serán competentes para adoptar medidas cautelares con independencia de la competencia internacional atribuida a ellos en los párrafos anteriores de ese mismo artículo. Por tanto, la tutela cautelar podrá ser otorgada por los tribunales españoles tengan éstos o no competencia internacional para conocer del fondo del asunto conforme a dichos párrafos. O dicho con otras palabras, podrán adoptar medidas cautelares aun cuando sea un tribunal extranjero el competente para conocer sobre el fondo.

Ahora bien, en el citado precepto no se distingue entre la adopción de medidas cautelares en apoyo de un proceso ya iniciado en el extranjero y las adoptadas antes de su inicio. Y si bien en nuestra opinión del tenor de la norma se infiere con claridad la posibilidad de que ambas opciones se lleven a cabo<sup>33</sup>, debemos convenir, con un destacado sector doctrinal, la conveniencia de un ejercicio de prospección previa por parte del juez que pretenda otorgarlas, dirigido a constatar el posible reconocimiento en España de la futura sentencia. De tal forma que, si constata que dicha sentencia no será reconocible en nuestro país —*ad. ex.* por haber tratado sobre materias para las que nuestros tribunales son exclusivamente competentes—, deberían negarse las cautelas solicitadas<sup>34</sup>.

<sup>33</sup> De hecho, existe jurisprudencia menor al respecto. *Ad ex. vid.* Auto JPI núm. 69 de Madrid, de 28 de junio de 1999, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, 1999, pp. 320-326.

<sup>34</sup> En este sentido, *vid.* GARCIMARTÍN ALFÉREZ, F.J.: *El régimen...*, *cit.*, pp. 179-182, GASCÓN INCHAUSTI, F.: *Medidas cautelares...*, *cit.*, pp. 252-255.



La nueva LEC incorpora una serie de artículos que tampoco son muy clarificadores al respecto. Así, el artículo 722 —«Medidas cautelares en procedimiento arbitral y litigios extranjeros»— dispone en su segundo párrafo:

Con arreglo a los Tratados y Convenios que sean de aplicación, también podrá solicitar de un Tribunal español la adopción de medidas cautelares quien acredite ser parte de un proceso jurisdiccional o arbitral que se siga en país extranjero, en los casos en que para conocer del asunto principal no sean exclusivamente competentes los tribunales españoles.

La literalidad de este artículo podría llevarnos a las siguientes conclusiones: (1) Que únicamente será posible la adopción de medidas cautelares cuando exista un Convenio o Tratado que así lo disponga. A *sensu contrario* podría interpretarse que no sería posible adoptarlas cuando, en defecto de instrumento convencional, fuese aplicable el derecho autónomo español. (2) Que, incluso en los supuestos de que existiera Convenio o Tratado, sólo sería posible la adopción de tales medidas cuando el procedimiento principal esté ya abierto en el extranjero; interpretación que a *sensu contrario* implicaría excluir las medidas cautelares solicitadas anteriores a la demanda. (3) Que la excepción a esta posibilidad de otorgar cautelas consiste en que el tribunal extranjero esté conociendo de un asunto cuya competencia corresponda en exclusiva a los Tribunales españoles<sup>35</sup>.

Sin embargo, en nuestra opinión, estas conclusiones están fuera de lugar. En relación al primer punto (1), porque aceptar que sólo es posible adoptar medidas cautelares cuando un Convenio así lo permita, además de que es una interpretación que no se deduce expresamente del texto, iría en contra del mismo artículo 22.5 LOPJ. En esta misma línea, cabe destacar que el artículo 724 —«Competencia en casos especiales»—, al determinar la competencia territorial de los tribunales españoles en materia de medidas cautelares, da por hecha su competencia aun cuando sin existir Convenio, el proceso esté pendiente en el extranjero.

Cuando las medidas cautelares se soliciten estando pendiente un proceso arbitral o la formalización judicial del arbitraje, será tribunal competente el del lugar en que el laudo deba ser ejecutado, y, en su defecto, el del lugar donde las medidas deban producir su eficacia.

Lo mismo se observará cuando el proceso se siga ante un tribunal extranjero, salvo lo que prevean los Tratados.

---

<sup>35</sup> En este punto, y por lo que respecta al arbitraje, conviene advertir de la diferencia entre «arbitrabilidad de la diferencia» y «competencias exclusivas». Y es que, en nuestra opinión, un tribunal arbitral puede conocer de una materia que sea competencia exclusiva de los tribunales de un Estado, siempre y cuando dicha materia sea arbitrable. Sobre esta cuestión, *vid.* GÓMEZ JENE, M. y SABATER MARTÍN, A.: «Auswirkungen des neuen Zivilprozessrechts auf die internationale Schiedsgerichtsbarkeit», *RIW*, 1/2001, pp. 40-42.



Y en relación a la segunda conclusión —en virtud de la cual, la posibilidad de adoptar medidas cautelares sólo sería posible cuando el procedimiento principal esté ya abierto en el extranjero, con independencia de Convenio al respecto—, cabe oponer que, de mediar Convenio aplicable, será éste el que determine su ámbito y sus condiciones de aplicación. Además, tampoco es necesario que el procedimiento principal deba haberse iniciado previamente en el extranjero. Y es que tal interpretación decae al poner en relación el artículo 722 LEC con el 725.1 del mismo cuerpo legal —«Examen de oficio de la competencia. Medidas cautelares en prevención».

En efecto, este precepto establece:

Cuando las medidas cautelares se soliciten con anterioridad a la demanda, no se admitirá declinatoria fundada en falta de competencia territorial, pero el tribunal examinará de oficio su jurisdicción, su competencia objetiva y la territorial. Si considerara que carece de jurisdicción o de competencia objetiva, previa audiencia del Ministerio Fiscal y del solicitante de las medidas cautelares, dictará auto absteniéndose de conocer y remitiendo a las partes a que usen de su derecho ante quien corresponda si la abstención no se fundara en la falta de jurisdicción de los tribunales españoles...

Como puede apreciarse, de este artículo se deduce la posibilidad de pedir medidas ante demanda, fundadas también en un fuero de competencia distinto de aquel que informa al proceso principal —el fuero relativo a las medidas provisionales—, si bien es el tribunal, de oficio, el que va a determinar su competencia internacional basándose en los fueros de competencia de nuestro ordenamiento. En este sentido, si el régimen jurídico aplicable es un Tratado o Convenio internacional se estará a lo que éste establezca, y si éste no dice nada, se estará a lo dispuesto en la LOPJ.

Y si, como hemos visto, la interpretación del artículo 722 no impide —*a sensu contrario*— ni la adopción de medidas cautelares sin mediar Convenio o Tratado que lo autorice, ni tampoco las medidas ante proceso —sería absurdo que las prohibiera y luego las contemplase en relación a la competencia territorial y a la verificación de la competencia—, el tribunal podrá declararse incompetente, pero no por el carácter de las medidas —ante demanda— sino, únicamente, por no cumplir las condiciones del artículo 22.5 LOPJ. Otra cosa es que las medidas se otorguen o no en función de lo que dispone nuestra LEC en esta materia, urgencia y necesidad por ejemplo (artículo 730.2).

Ahora bien, una vez declarado competente el tribunal español y adoptadas las medidas previstas en la LEC, nos encontramos con que en el artículo 730 —«Momentos para solicitar las medidas cautelares»— en su apartado 2, se refiere a las medidas ante demanda, disponiendo que las medidas que se hubieran adoptado quedarán sin efecto si la demanda no se presentare ante *el mismo tribunal que conoció de la solicitud* en el plazo de los veinte días siguientes a su adopción. La única excepción que contempla esta regla se refiere a los supuestos de formalización judicial del arbitraje o de arbitraje institucional. En estos casos, basta el que la parte beneficiada lleve a cabo todas las actuaciones tendentes a poner en marcha el procedimiento arbitral para que la medida cautelar mantenga su vigencia.



En consecuencia, la excepción en cuestión no contempla el supuesto en que el tribunal que vaya a conocer sea un tribunal extranjero, por lo que todo parece indicar que para estos casos, de no presentarse la demanda ante el mismo tribunal que las dictó, las medidas cesarán a los veinte días.

Sin embargo, el Código civil, en su artículo 104 «De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación y divorcio», regula el supuesto de diferente manera:

El cónyuge que *se proponga* demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores.

Estos efectos y medidas sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda *ante el Juez o Tribunal competente*.

En consecuencia, al no prohibirse en este supuesto la posibilidad de que el tribunal competente sea un tribunal extranjero, debemos aceptar su eventual competencia. Sin embargo, al mantener el plazo de treinta días para la subsistencia de las medidas —plazo especial— habrá de respetarse aun cuando la demanda no se presente en España.

Las medidas a adoptar por los tribunales españoles serán las previstas en el Código civil —artículo 102 y ss.— que son tanto las referidas a los cónyuges como a los hijos, alcanzando pues a todos los efectos surgidos de los litigios en materia matrimonial.

