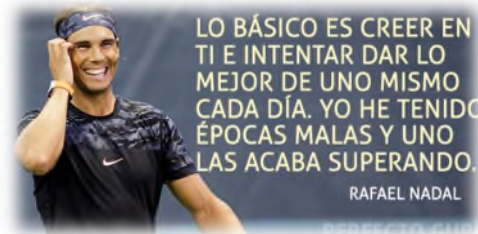




## COMPETENCIA Y MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS

Por Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-Bordona

Enero de 2016



En el Auto de 29 de noviembre de 2016, sección 1 en pleno del Tribunal Supremo, considera que el artículo 725 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC) es una norma general, también respecto de las medidas provisionales previas a la demanda, y sobre las cuestiones que suscita esta interpretación, trata este artículo.



### I.-MEDIDAS PREVENTIVAS ANTES DE RESOLVER SOBRE MEDIDAS PROVISIONALÍSIMAS

El artículo 725 de la LEC se refiere al examen de oficio de la competencia sobre medidas cautelares en prevención, y literalmente dice:

*“1. 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. Lo mismo se acordará cuando la competencia territorial del tribunal no pueda fundarse en ninguno de los fueros legales, imperativos o no, que resulten aplicables en atención a lo que el solicitante pretenda reclamar en el juicio principal. No obstante, cuando el fuero legal aplicable sea dispositivo, el tribunal no declinará su competencia si las partes se hubieran sometido expresamente a su jurisdicción para el asunto principal.*

*2. En los casos a que se refiere el apartado anterior, si el tribunal se considerara territorialmente incompetente, podrá, no obstante, cuando las circunstancias del caso lo aconsejaren, ordenar en prevención aquellas medidas cautelares que resulten más urgentes, remitiendo posteriormente los autos al tribunal que resulte competente”.*

El Tribunal Supremo en el Auto de Pleno del Tribunal Supremo, de 29 de noviembre de 2016, Roj: ATS 11024/2016 aplica lo dispuesto en el anterior precepto 725 de la LEC a las medidas provisionales previas a la demanda, ante la parquedad de las previsiones legislativas del artículo 771 de la LEC.

En este Auto el Tribunal Supremo declara que el artículo 725 de la LEC es una norma de carácter general, también respecto de las medidas provisionales previas a la demanda reguladas en el artículo 771 LEC (que llamaremos medidas provisionalísimas), y que conforme establece el apartado segundo del artículo 725 LEC, aunque el juzgado ante el que se formula la solicitud de medidas previas se considere territorialmente incompetente, deberá cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, ordenar en prevención aquellas medidas cautelares que resulten más urgentes, como pueden ser las previstas en el artículo 158 del Código Civil, remitiendo posteriormente los autos al tribunal que resulte competente.

Tras esta interpretación del Alto Tribunal, en un procedimiento de nulidad, separación o divorcio, o respecto de medidas con relación a los hijos comunes menores de edad, cabe distinguir, de la escueta redacción del artículo 771 de la LEC, **dos tipos de medidas a prevención:**

1. Las sumarísimas del artículo 104 del Código Civil que cabe dictar inaudita parte hasta la comparecencia por el trámite del artículo 771.2 2º párrafo, relativas a la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiar, y que también permite el artículo 158 del CC, y
2. Las medidas a prevención en caso de inhibición por falta de competencia territorial, que deberán ser ratificadas o no tras la

referida comparecencia del artículo 771.2 de la LEC por el órgano judicial competente territorialmente.

Las medidas sumarísimas o a prevención deben ser excepcionales por la restricción a la contradicción e incluso por que pueden ser dictadas por juez distinto del que conocerá la causa, por lo que exigen fundamentar la urgencia e incluso la competencia.

El principio de contradicción es esencial y básico en nuestro ordenamiento jurídico y solo puede ser enervado en caso de imposibilidad constatada o de urgencia reconocida, lo que debería fundarse en la resolución que acuerde las medidas.

Únicamente, desde una motivación de la urgencia y la necesidad de evitar perjuicios y actuar en interés del menor, podría justificarse una atribución competencial y una medida cautelar perentoria inaudita parte.

Las medidas que podrían adoptarse bajo los anteriores presupuestos son las siguientes:

- La atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar.
- La determinación del régimen de custodia, visitas, comunicación y estancia con los hijos, quedando incluida aquí la posibilidad de suspensión de la patria potestad o custodia de menores y del régimen de visitas.
- Las relativas a la prestación alimenticia, no sólo de los hijos menores, sino también de los hijos mayores que convivan en el domicilio familiar y carezcan de ingresos propios (art. 93.2 del Código Civil) y de la mujer, sin que sea posible, por el contrario, la adopción de una pensión compensatoria, pues ésta se configura como una prestación económica a que tiene derecho aquel de los cónyuges "al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio" (art. 97.1 del Código Civil), que nada tiene que ver con la situación de riesgo que se trata de proteger.
- Las recogidas en el art. 158 del Código Civil y, entre ellas, cualesquiera disposiciones que el Juez considere oportunas a fin de apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios o su sustracción, pudiendo llegar a acordarse la prohibición de aproximación o de comunicación de un progenitor, o el ejercicio exclusivo de la patria potestad provisional con suspensión total o parcial de dicho ejercicio al otro progenitor, o la prohibición de salida del Reino de España del menor y de expedición de pasaporte, salvo acuerdo fehaciente de los progenitores o autorización judicial.

Sin embargo, esta extensión analógica del artículo 725 de la LEC, en principio parecería que no procede cuando el juzgado civil **no detenta competencia objetiva por ser el asunto competencia de un Juzgado de Violencia sobre la Mujer** (en adelante JVM).

En casos de falta de competencia objetiva del Juzgado de Primera Instancia rige lo dispuesto en los artículos 9. puntos 1 y 6, y 87 ter.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y artículos 44, 46, 48 y 49 bis de la LEC.

Es decir, que pudiendo la jurisdicción ser ejercida sólo en los casos atribuidos por la Ley, y siendo la jurisdicción improrrogable, y **la competencia de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer exclusiva y excluyente**, de la regulación indicada se deduce en principio que no cabe que el Juzgado de primera Instancia adopte ninguna medida, y ni siquiera admita la solicitud, cuando entienda que es competente sobre la misma un JVM-<sup>1</sup>.

---

<sup>1</sup> Esta interpretación es muy discutible desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, el artículo 39 de la CE, y el artículo 14 de la Ley Orgánica 1/1996, que establece la obligación de prestar la atención inmediata que precise cualquier menor. Por ejemplo, el Protocolo de Coordinación entre los Órdenes Jurisdiccionales Penal y Civil para la Protección de las Víctimas de Violencia Doméstica del CGPJ señala que: “cuando la víctima presente la solicitud de orden de protección ante el Juzgado civil que esté conociendo del asunto, se procederá de la siguiente forma: a) En estos supuestos, el órgano judicial civil remitirá la solicitud de forma inmediata al Juez de Instrucción en servicio de guardia. Posteriormente, el Juzgado de Instrucción correspondiente remitirá al Juzgado civil testimonio de la resolución que decida sobre la orden de protección solicitada, y de cuantas otras resoluciones que resulten relevantes, a los efectos oportunos. b) En todo caso, el Juzgado civil podrá adoptar medidas al amparo del artículo 771.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, o de los artículos 773 ó 774 de la misma Ley.”

El artículo 158 del Código Civil, en su último párrafo, permite la adopción de las medidas oportunas para apartar al menor de un peligro o apartarle de un perjuicio, dentro de cualquier proceso civil o penal, y en un procedimiento de jurisdicción voluntaria. Incluso no es infrecuente que estas medidas del artículo 158 del Código Civil se tramiten como procedimiento independiente del procedimiento de separación o divorcio que está en fase de apelación por el Juzgado a quo, que obviamente ya no tiene competencia funcional sobre dicho procedimiento de separación o divorcio en fase de apelación.

Pero la **sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, de 29 de junio de 2012, al resolver los recursos de casación con el nº 2171/2011** (Roj: STS 4687/2012), dictada en recurso de casación frente a una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía de 13 de octubre de 2011 que había absuelto por prevaricación dolosa y condenó por prevaricación culposa de naturaleza procesal, nos recordó que una resolución judicial será injusta tanto cuando se refiere a la aplicación arbitraria de una norma sustantiva al hecho sujeto a decisión, como cuando la actuación judicial se realiza, de forma arbitraria, fuera de competencia o sin observar las normas del proceso debido.

Evidentemente las normas de competencia entre los Juzgados con competencias de familia, y con competencias en violencia sobre la mujer, no son claras, y dan lugar a muchos conflictos de competencia, e incluso a cambios de criterios entre los propios órganos judiciales.

La posterior **Sentencia 172/2016, de 17 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE de 25 de noviembre)**, dictada en recurso de amparo interpuesto por el Magistrado que fue condenado a prevaricación dolosa por la STS de 29 de junio de 2012 referida, declaró

---

que había sido vulnerada la presunción de inocencia del Magistrado. Pero en el recurso de amparo también se esgrimió vulneración del principio de invariabilidad, intangibilidad e inmodificabilidad de las sentencias firmes, porque la STS de 29 de junio de 2012 condenó al Magistrado a prevaricación dolosa respecto del dictado de un Auto en procedimiento de jurisdicción voluntaria en el que aplicó una medida puntual del artículo 158 del CC, procedimiento ajeno al procedimiento de familia seguido ante el JVM, y esta condena se mantuvo pese a que la Audiencia Provincial de Sevilla, en Auto de 8 de junio de 2011, dictado en el rollo de apelación 5340-2010, había desestimado la nulidad solicitada respecto del Auto que dictó el Magistrado "inaudita parte," acordando dicha medida puntual cautelar con fundamento en el artículo 158 del CC, respecto de un menor.

Respecto de esta última alegación del recurso de amparo, el Tribunal Constitucional señala que la Audiencia Provincial sólo valoró la aplicabilidad del artículo 158 del Código Civil, respecto de una de modificación puntual y cautelar en evitación de un perjuicio al menor, que de no adoptarse se habría producido el agotamiento sobrevenido del objeto del proceso, consistente en posibilitar una salida procesal del menor para lo cual modificaba la cadencia del régimen de visitas acordada por el JVM, pero no el entorno procedimental en la forma de conducirse jurisdiccionalmente del Magistrado en ese caso, que había sido condenado por el TS por una prevaricación de tipo procesal dolosa, y en tal sentido entiende el Tribunal Constitucional que no se produjo una vulneración del artículo 24.1.

Las medidas cautelares o de protección tutelar provisoria y urgente del artículo 158, precisan de un proceso soporte a tramitar por las partes o por el Ministerio Fiscal. Los votos particulares (dos de cinco) de la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de junio de 2012 referida, también recuerdan que diferentes juristas sostienen la posibilidad de conocimiento de los procedimientos tramitados en aplicación del art. 158 del Código Civil, con independencia de la tramitación de un procedimiento de separación o divorcio, en tanto que este precepto del Código Civil permite la adopción de las medidas dentro de cualquier proceso civil o penal o bien, y esto es lo relevante, en un procedimiento de jurisdicción voluntaria, como procedimiento independiente del procedimiento de separación o divorcio.

Actualmente, en la redacción vigente del artículo 87.2 de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, *"será competente el Juzgado de Primera Instancia del domicilio o, en su defecto, de la residencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente. No obstante, si el ejercicio conjunto de la patria potestad por los progenitores o la atribución de la guarda y custodia de los hijos hubiera sido establecido por resolución judicial, así como cuando estuvieran sujetos a tutela será competente para conocer del expediente el Juzgado de Primera Instancia que hubiera conocido del inicial"*.

¿Pero qué ocurre si se produce una situación lejos del partido judicial que dictó la sentencia de divorcio que aconseja la adopción de medidas urgentes cuando no están previstas medidas provisionales previas a una demanda de modificación de medidas, sino tan sólo coetáneas en el punto 3 del artículo 775?

Entiendo que este es un ejemplo más de la necesidad de una adecuada reforma legislativa en materia competencial, que ya ha sido solicitada desde reputadas instancias, y que debería haber sido mucho más amplia que la efectuada por la **LO 8/2015**, que entró en vigor el 12 de agosto de 2015, modificando el apartado 2 del artículo 1, y artículos 61, apartado 2, y artículos 65 y 66 de la LO 1/2004, y por la **LO 7/2015, de 21 de julio**, que entró en vigor el 1 de octubre de 2015, modificando entre otros los artículos 98, el punto 2 del artículo 87 bis y el artículo 87 ter de la LOPJ, en sus letras a) y d) y añadiendo la letra g) del punto 1 del precepto, adaptándolo a la modificación que ya se había efectuado del artículo 14 de la LECR por LO 1/2015 de reforma del Código Penal.

Pudiera incluso contemplar la refundición de las competencias entre los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y los Juzgados de Familia, como en el proyecto del año 2001, que pensó en unos juzgados "De Igualdad y Asuntos familiares", y que no llegó a ser norma entre otros por un cambio de legislatura; pudiendo estos estudios de la reforma en su caso, contemplar atribuir a un mismo juzgado, con competencias civiles y penales, la resolución de



Cuando la solicitud de medidas provisionalísimas se reparta al Juzgado de Primera Instancia, especializado o no en derecho de familia, y este tuviese noticia de que un JVM está conociendo de un procedimiento de violencia de género entre las mismas partes, se debe inhibir a ese JVM, si todavía no se ha iniciado la comparecencia del punto 2 del artículo 771 de la LEC, conforme dispone el artículo 49 bis.1 LEC<sup>2</sup>.

Y puede realizar la inhibición sin necesidad de dar traslado al Ministerio Fiscal y al propio solicitante previsto en el punto 3 del artículo 48 de la LEC, y sin que fueren de aplicación las normas sobre la declinatoria, según prevé el punto 4 del artículo 49 bis de la LEC.

---

conflictos de la pareja, sea homosexual o heterosexual, en igualdad, más acorde con la reforma del artículo 44 del Código Civil efectuada por la Ley 13/2005.

La seguridad jurídica y la necesaria determinación por Ley, pero de forma clara y efectiva del Juez, determinan la conveniencia de esta refundición, con lo que mejoraría también la efectividad de la ejecución de las resoluciones de familia, y determinaría la creación del orden jurisdiccional de Familia, que sería de Asuntos familiares o de Asuntos de la Pareja, para que el ciudadano pueda tener una mejor tutela judicial efectiva en esta materia.

<sup>2</sup> La competencia objetiva de los JVM viene determinada en el artículo 87 ter de la LOPJ, con relación a su competencia penal, y con respecto a una clase tasada de procedimientos civiles, y con respecto a un límite procesal temporal respecto de la pérdida de competencia cuando se produzca un acto de violencia sobre la mujer, establecido en el artículo 49 bis.1 de la ley de Enjuiciamiento Civil.

La Circular 6/2011, de la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en relación a la violencia sobre la mujer interpreta que el inicio de la fase del juicio oral en el procedimiento del artículo 771 de la LEC comienza con el inicio de la comparecencia. En consecuencia, no bastará con que se haya señalado fecha para la comparecencia, sino que será preciso que la vista haya llegado a celebrarse.

En este sentido interpretativo el **Acuerdo del Tribunal Supremo (artículo 264.1 de la LOPJ), aún vigente, para la unificación de criterios y coordinación de prácticas procesales, del día 16 de diciembre de 2008**, que a partir de entonces se aplica de forma unánime por la Sala I del TS en todos los autos posteriores y en el siguiente sentido: *"el conflicto planteado en relación con la pérdida de competencia del Juez Civil a favor del Juzgado de Violencia sobre la Mujer, en aplicación del art. 49 bis LEC, en relación con el artículo 87 ter LOPJ, tras la reforma operada por la Ley Orgánica de Medidas de Protección integral contra la violencia de Género, se resuelve interpretando que la limitación temporal para la inhibición del Juez civil, cuando se haya iniciado la fase del juicio oral, debe entenderse referida al juicio civil, esto es, a la vista del artículo 443 LEC"*. Este criterio es similar al adoptado en la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/05, de 18 de Julio de 2005 y al seguido por la Guía del Observatorio del Consejo general del Poder Judicial, así como por distintas resoluciones de esta Sala: ATS 4 de febrero de 2008, conforme al cual: *"Asimismo, el procedimiento civil de divorcio no se encuentra en fase de juicio oral, ni siquiera se ha iniciado su tramitación (Art. 49 bis 1. LEC), debiendo entenderse iniciada la fase del juicio oral, cuando el procedimiento haya llegado a la celebración de la vista prevista en el artículo 443 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, tras la cual el Juez debe dictar sentencia, salvo que quede pendiente prueba que no haya podido practicarse en el acto del juicio oral."*

No sería el mismo supuesto si estuviera un juzgado de Instrucción conociendo de una denuncia de violencia doméstica, pues los Juzgados del orden penal no tienen competencias civiles, y a éstos no cabe que se inhiba el juzgado de primera instancia que conozca de la solicitud, pese a que estos Juzgados de Instrucción en los supuestos de delitos del **artículo 57 del Código Penal** pueden dictar medidas del **artículo 544 quinquies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal**, en adelante LECR.

En estos casos, el Protocolo de Coordinación entre los órdenes jurisdiccionales penal y civil para la protección de víctimas de violencia doméstica, que se acordó para la implantación del artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, establece que, si se acuerdan medidas de naturaleza civil por el Juzgado civil, se remita testimonio de los particulares relevantes al Juzgado de Instrucción que conozca de la violencia doméstica referida al concreto núcleo Familiar.

Y si es el Juzgado de lo Penal que conoce un asunto relacionado con la violencia doméstica (de investigación o de enjuiciamiento), y que en el mismo dicta una Orden de Protección del artículo 544 ter o del artículo 544 quinquies de la LECR, podrá excepcionalmente modificar o complementar las medidas adoptadas por el Juez civil competente objetivamente del asunto civil, por aplicación del artículo 158 del Código Civil, en beneficio del interés del menor de edad. En todo caso, el órgano penal hará constar en el auto que dichas medidas tienen carácter provisional, y sin perjuicio de la resolución que dicte el órgano judicial civil competente para conocer del asunto. Si así ocurre, el órgano judicial penal que dicte las medidas con carácter perentorio deberá remitir de oficio al órgano jurisdiccional civil que conozca del asunto testimonio de la solicitud de tales medidas (Orden de Protección o del artículo 544 quinquies), del Auto que acuerde la Orden de Protección o medidas del 544 quinquies o 544 bis, en este último caso incluso inaudita parte, y de la diligencia de notificación del auto a la víctima con indicación del día en que tuvo lugar, y de cuantos extremos considere necesarios, con un signo distintivo claramente visible con la expresión "Urgente: Violencia Doméstica".

Serán supuestos en que existan indicios de criminalidad de un delito del artículo 57 del Código Penal<sup>3</sup>, en los que concurra una situación objetiva de riesgo en los hijos menores, que aconsejen la prohibición de residir en un determinado lugar o un alejamiento, de uno de los progenitores, y/o una incomunicación con la víctima, o establecer un régimen de supervisión del ejercicio de la patria potestad, y por ello que se deba variar o establecer perentoriamente el régimen de guarda, incluso en determinados casos con

---

<sup>3</sup> Delitos de homicidio, aborto, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, trata de seres humanos, contra la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, el honor, el patrimonio y el orden socioeconómico.

suspensión de la patria potestad de alguno de los progenitores, y si procede, determinar la atribución del uso de la vivienda y la contribución de los progenitores a los alimentos de los menores.

Pero no cabe desconocer que el Juzgado de Primera Instancia difícilmente podrá tener conocimiento de la existencia de un procedimiento no finalizado de violencia de género o doméstica con las mismas partes, sino se indica en la solicitud de las medidas provisionales previas a la demanda matrimonial o respecto de menores, o no se denuncia por la parte demandada o el Ministerio Fiscal dicha omisión, pues a esta clase de órganos judiciales no se le ha dado acceso al Sistema de Registros Administrativos de apoyo a la Administración de Justicia (SIRAJ), pese a que el artículo 5 del Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero prevé el acceso de los órganos judiciales, sin distinción de jurisdicción ni clase de juzgado<sup>4</sup>.

Por eso, en estos casos, esa denuncia debería hacerla el demandado o el Ministerio Fiscal en el momento que fueren citados a la comparecencia, y antes de que se inicie ésta, a fin de evitar la perpetua jurisdicción.

A estos efectos de examen de su competencia objetiva, no se justifica suficientemente que los Juzgados de Primera Instancia con competencias en derecho de familia, especialmente los especializados al amparo del artículo 98 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, no tengan acceso al SIRAJ, respecto de asuntos de su conocimiento, proponiendo desde este artículo que se lleven a efecto las normas y actuaciones que posibilite dicho acceso a estos registros.



## **II.- CUATRO CUESTIONES PROCESALES DERIVADAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 725 A LAS MEDIDAS PROVISIONALES DEL 771 DE LA LEC**

**1º.- ¿Cabe inadmitir la solicitud por falta de competencia territorial sin inhibición, cuando no se dictan medidas perentorias?**

El trámite por el que se venían resolviendo la apreciación de oficio de la competencia territorial en procedimientos de familia o menores era el incidente de los artículos 46 y 58 de la LEC, que finaliza en caso de apreciar la falta de competencia con una inhibición, y en su caso cuestión de competencia formulada por el órgano judicial al que se inhibe.

Bajo los criterios del artículo 725 de la LEC sólo se acordaría la inhibición caso de que se acordaran a prevención medidas del artículo 158 del CC.

---

<sup>4</sup> Se entiende que sigue siendo competencia del JVM hasta el cumplimiento de la condena penal, es decir, también cuando el procedimiento de violencia de género estuviere en fase de cumplimiento de condena (Auto del TS, Sala Civil, de 30 de marzo de 2016, Roj: ATS 3050/2016).



## **2º.- ¿Existe identidad de razón como para la aplicación analógica del artículo 725 de la LEC a las medidas provisionales previas a la demanda?**

Según el Tribunal Supremo sí, pese a que el régimen jurídico procesal de las medidas cautelares y de las medidas provisionales o previas a la demanda es diferente, independientemente de su carácter instrumental común.

Las medidas provisionales a la demanda matrimonial o sobre menores, previstas en el artículo 104 del Código Civil ( en adelante CC), tienden asegurar intereses de orden público, encuadrados en el artículo 39 de la CE, y estos intereses son precisamente los que justifican la existencia de la especialidad del procedimiento al que sirven las medidas provisionales previas del artículo 771 de la LEC, y que sin perjuicio de que deban ser solicitadas por la parte, deban acordarse en todo caso por el Juez lo que fuere procedente.

De ahí que el artículo 103 del CC señale que el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará dichas medidas, y a este precepto se remite el artículo 104 del CC, sin perjuicio de que “*ope legis*”, desde la admisión de la solicitud, en virtud de lo dispuesto en el artículo 102 del CC, cesa la presunción de convivencia conyugal, quedan revocados los poderes conferidos entre los cónyuges, y cesa la posibilidad de vinculación de bienes a la potestad doméstica.

En las medidas cautelares sin embargo rige el principio dispositivo, es decir, no pueden ser acordadas de oficio (artículo 721.2 LEC). Deben ser siempre solicitadas por una parte, con claridad y precisión, y en dicha solicitud se debe alegar justificación sobre la apariencia de buen derecho en el solicitante, llamado “*fumus boni iuris*”, y el peligro de mora procesal, llamado “*periculum in mora*”, proponer prueba y ofrecer caución (artículos 728 y 732 de la LEC).

Pero es cierto que para la solicitud de ambos tipos de medidas (cautelares o provisionalísimas) no es preceptiva la intervención de Abogado, ni de Procurador (artículos 31 y 23 de la Ley de Enjuiciamiento Civil y 771 LEC), si las medidas cautelares se solicitan previamente a la demanda, claro está, pues si se solicitan con la demanda o posteriormente a ésta, en procedimiento que requiere postulación, se solicitarán con asistencia Letrada y representación profesional.

Por tanto, sólo cabe solicitar medidas cautelares previamente a la interposición de la demanda si quien las pide alega y acredita razones de urgencia o necesidad (artículo 730.2 de la LEC).

Estas medidas cautelares previas y las provisionalísimas tienen un período de validez, transcurrido el cual, si no se ha interpuesto la demanda durante el mismo, en la que puede solicitarse su ratificación o modificación, caducarán.

El citado plazo es de 20 días para las cautelares previas, mientras que para las medidas provisionalísimas del artículo 771 de la LEC es de 30 días, que hay que considerar hábiles, según las conclusiones del Encuentro entre Jueces y Abogados de Familia de octubre de 2015.

Su resolución está precedida de audiencia de la parte contraria con posible aportación y práctica de prueba pertinente, que en el caso de las medidas provisionalísimas del artículo 771 se efectúa en una comparecencia convocada al efecto, que debe celebrarse en los diez días siguientes a la interposición y reparto de la solicitud. En el caso de las medidas cautelares en una vista que debe ser convocada en el plazo de cinco días desde la notificación de la solicitud al demandado, y celebrada en los diez días siguientes (artículo 734 de la LEC), resolviéndose las medidas cautelares por auto frente al que cabe recurso de apelación (artículo 735 LEC), a diferencia de las medidas provisionales y provisionalísimas, que también se resuelven por auto, pero este no es apelable.

También en ambos tipos de medidas, en supuestos de urgencia perentoria o que la audiencia o comparecencia comprometa el buen fin de la medida cautelar o medida provisional, tanto las medidas cautelares como las medidas provisionalísimas relativas a la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiar podrán decretarse inaudita parte, relegándose la contradicción a la vista o la comparecencia que se celebrará en un momento posterior a su resolución (artículos 733.2 y 771.2 párrafo segundo, de la Ley Enjuiciamiento Civil).

Cuando las medidas cautelares se dicten inaudita parte, cabe formular oposición frente a las mismas, que se sustanciará en la forma prevista en los artículos 739 a 742 de la LEC, que prevé una vista, y resolver el incidente por auto apelable sin efectos suspensivos. Cuando las medidas provisionalísimas referidas se dicten inaudita parte se prevé simplemente se ratifiquen, modifiquen o se dejen sin efecto tras la comparecencia prevista en el artículo 771 de la LEC.

### **3º.- ¿Cabe a partir de este auto exigir razones y pruebas de urgencia o necesidad para la admisión de la solicitud o para acordar medidas provisionales previas a la demanda del artículo 771 de la LEC?**

Las medidas provisionales previas a la demanda se tramitan por las reglas del artículo 771, en el marco de los procesos especiales matrimoniales y de menores, sin que se exija en su redacción actual más requisito que su solicitud y postulación en la comparecencia a celebrar en diez días.

No se exige en la redacción actual del artículo 771 de la LEC razones de urgencia o de necesidad para ser solicitadas y acordadas, y por ello en las conclusiones del Encuentro entre Jueces y Abogados de Familia celebrado en Madrid en octubre de 2015 se concluyó que no procede exigir el requisito de

la urgencia para admitir a trámite la petición de medidas provisionales previas.

Pero tras la declaración de extensión analógica a tales solicitudes del artículo 725 de la LEC efectuada por el Tribunal Supremo en el Auto de 29 de noviembre de 2016, considero que también debería exigirse para la admisión de la solicitud que ésta contenga alegaciones y acreditación sobre la urgencia o necesidad de tales medidas, teniendo en cuenta que las medidas provisionalísimas no son recurribles (artículo 771.5 de la LEC), y que esa urgencia es la que justifica la no exigencia hasta la comparecencia, de solicitud esté firmada por abogado, y representación por procurador.

Ahora bien, si la solicitud no contiene tales alegaciones, dada la redacción del precepto 771, no procede tampoco rechazar “*ad limine*” la solicitud, sino recabar al admitirla de forma condicionada por el Letrado de la Administración de Justicia ( artículos 231 y 404 de la LEC), que en la propia comparecencia convocada para su celebración en diez días, la parte solicitante de las medidas efectúe la subsanación de la falta de pronunciación sobre estos razonamientos y prueba, y sólo en caso de que no se hiciera, cabe su inadmisión por el Juez o Magistrado, que incluso en tal caso de no subsanación, puede apreciar también un abuso de derecho en el uso de estas medidas, que debe fundadamente ser rechazado, de conformidad con el artículo 247 de la LEC, pudiendo ser incluso multado en caso flagrante de abuso de derecho o de fraude de ley o procesal.

Por tanto, sólo en los casos en que se justifiquen razones de urgencia o necesidad, deben ser dictadas medidas provisionalísimas, incluso por tribunal que no es el competente territorialmente de la solicitud que se interpusiera, pues las medidas provisionales del artículo 104 del Código Civil pueden ser solicitadas ante el tribunal del domicilio del que las solicita (punto 1 del artículo 771 de la LEC), y éste es un criterio de cercanía, ligado al de facilidad de acceso a la justicia y de urgencia, siendo posible que el tribunal que decida las medidas provisionales previas sea distinto del que tenga que conocer del pleito principal conforme al artículo 769 de la LEC.

El legislador tuvo en cuenta esta posibilidad de que las medidas provisionales se acordasen por un juzgado diferente al competente para conocer del proceso principal, al disponer en el artículo 772 de la LEC: “*Cuando se hubieren adoptado medidas con anterioridad a la demanda, admitida ésta, el Secretario judicial unirá las actuaciones sobre adopción de dichas medidas a los autos del proceso de nulidad, separación o divorcio, solicitándose, a tal efecto, el correspondiente testimonio, si las actuaciones sobre las medidas se hubieran producido en Tribunal distinto del que conozca de la demanda*”.

**4º ¿Cabe aplicar este criterio extensivo de lo dispuesto en el artículo 725 de la LEC a la legislación especial de las Comunidades Autónomas (en adelante CCAA), como son las medidas provisionales reguladas en el artículo 84 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, del Gobierno**

**de Aragón, y el artículo 233-1 del Código Civil de Cataluña, y el artículo 13 de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores en País Vasco?**

Teniendo en cuenta que conforme al artículo 149.1.6 de la CE el Estado tiene competencia exclusiva sobre la legislación procesal, sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las CCAA, y siendo un criterio procesal que complementa estas fuentes formales, es de aplicación también a las medidas provisionales reguladas por estas Comunidades Autónomas.



**A continuación, transcribimos literalmente el Auto del Tribunal Supremo, de la sección 1 en Pleno, de 29 de noviembre de 2016 (ROJ: ATS 11024/2016 - ECLI:ES:TS:2016:11024A):**

**AUTO**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de noviembre de dos mil dieciséis.

**I. HECHOS**

PRIMERO. - En fecha 6 de octubre de 2015, se presentó ante los Juzgados de Primera Instancia de Alcalá de Henares, por D. José Ramón con domicilio en la C/ DIRECCION000núm. NUM000de Alcalá, solicitud de medidas provisionales previas, frente a D.<sup>a</sup> Agustina, con domicilio en la C/ DIRECCION001núm. NUM001de Meco.

SEGUNDO. - Mediante diligencia de ordenación de fecha 2 de diciembre de 2015, se acordó dar traslado por cinco días a las partes y al Ministerio Fiscal a los efectos de alegar lo oportuno en relación con la competencia territorial del Juzgado.

El demandante, mediante escrito de fecha 11 de diciembre de 2015, consideró que debía de mantenerse la competencia del juzgado de Alcalá, pues si bien el domicilio conyugal estuvo en Chiloeches, partido judicial de Guadalajara, y el demandante figura empadronado en dicha localidad, lo cierto es que, tras el abandono del domicilio de la demandada junto con el menor, el citado demandante también abandonó el domicilio familiar yendo a vivir a casa de sus padres, en Alcalá de Henares. El Ministerio Fiscal, mediante informe registrado el 24 de febrero de 2016, consideró competentes a los juzgados de Alcalá de Henares, aunque por aplicación del fuero del 769.1 LEC.

Mediante auto de fecha 24 de febrero de 2016, la titular del Juzgado de Primera Instancia núm. de Alcalá de Henares declaró la falta de competencia territorial de dicho juzgado, dado que toda la documentación obrante en las

actuaciones arroja como domicilio del demandante el de Chiloeches, pues no bastaba la mera declaración del cambio de residencia para fijar un fuero competencial que, además, es imperativo. En consecuencia, remitió las actuaciones a los juzgados de Guadalajara.

TERCERO. - Recibidas las actuaciones en el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Guadalajara, que las registró con el núm. 319/2016, mediante providencia de fecha 8 de abril de 2016, se acordó dar traslado al Ministerio Fiscal para que, a la mayor brevedad posible, alegase lo oportuno en relación a la falta de competencia territorial. El Ministerio Fiscal informó a favor de declarar la competencia de los Juzgados de Alcalá atendiendo al fuero competencial del art. 771 .1 LEC y ser el domicilio real del demandante el sito en esta localidad.

Por auto de fecha 5 de julio de 2016, el titular del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Guadalajara declaró su falta de competencia territorial y acordó elevar el conflicto a la Sala Primera del Tribunal Supremo.

CUARTO. - Remitidas las actuaciones a esta Sala, que las registró con el núm. 1001/2016, y pasadas aquéllas para informe al Ministerio Fiscal, este ha dictaminado que el Juzgado competente para conocer de la demanda es el Juzgado de Primera Instancia núm. de Alcalá de Henares por los argumentos contenidos en el auto de 5 de julio de 2016 dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Guadalajara.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Magistrado D. Rafael Saraza Jimena.

## II. RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO. - El presente conflicto de competencia territorial se plantea en una solicitud inicial de medidas provisionales previas a la interposición de la demanda de separación o divorcio entre un juzgado de primera instancia de Alcalá de Henares y otro de Guadalajara. El demandante de medidas presentó la demanda en el juzgado del lugar donde se encontraba residiendo en ese momento (Alcalá de Henares), siguiendo el fuero territorial regulado en el art. 771 .1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en lo sucesivo, LEC), que dispone:

«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 artículos 102 y 103 del Código Civil ante el tribunal de su domicilio.»

Este juzgado consideró que no era competente pues toda la documentación apuntaba a que el demandante tenía su domicilio en Chiloeches (partido de Guadalajara), población donde se encontraba el que fue domicilio conyugal, y observó incluso un posible fraude procesal en el hecho de que un demandante pudiera elegir un fuero territorial basado en una mera manifestación. El Juzgado de Guadalajara, por su parte, tampoco se consideró competente y argumentó, en esencia, que ha de estarse a la residencia habitual y no a la vecindad administrativa que representa el empadronamiento en un



determinado lugar. Por ello, planteó ante esta Sala el conflicto negativo de competencia territorial.

SEGUNDO.- Para la resolución del presente conflicto de competencia, son varios los aspectos que han de examinarse:

a) En primer lugar, la interpretación que ha de darse al art. 771 .1 LEC y la relación del fuero establecido en este artículo con los fueros competenciales generales contenidos en el art. 769 del mismo cuerpo legal .

b) Como cuestión más específica dentro de la interpretación del art. 771 .1 LEC, la consideración que ha de tener el lugar donde se encuentra residiendo en este momento el demandante a la hora de determinar el fuero competencial.

c) Por último, los problemas que pueden traer consigo las cuestiones de competencia en este tipo de procesos.

TERCERO. - Con relación a la primera cuestión, en la tramitación parlamentaria de la LEC se introdujo una enmienda que pretendía fijar el fuero competencial territorial para las medidas provisionales en el juzgado competente para el procedimiento principal (de modo similar a como determina la propia LEC en el art. 723 para las medidas cautelares). Sin embargo, la enmienda no fue aceptada y el art. 771 .1 fijó un fuero territorial diferente a los previstos con carácter general en el art. 769 LEC, tomando en consideración la inmediatez y la facilidad que supondría para el solicitante acudir al juzgado de su propio domicilio.

Consideramos, por tanto, que cuando el art. 771 .1 LEC atribuye la competencia territorial para conocer de las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio al tribunal del domicilio del cónyuge que formule la solicitud, establece un fuero específico que se aparta de los fueros generales que para los procesos matrimoniales y de menores establece el art. 769 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El juzgado competente no es el del domicilio familiar, ni el del domicilio del demandado o de los menores, sino el del cónyuge que solicite la adopción de estas medidas.

El legislador ya tuvo en cuenta la posibilidad de que las medidas provisionales se acordasen por un juzgado diferente al competente para conocer del proceso principal, al disponer el art. 772 LEC:

«Cuando se hubieren adoptado medidas con anterioridad a la demanda, admitida ésta, el Secretario judicial unirá las actuaciones sobre adopción de dichas medidas a los autos del proceso de nulidad, separación o divorcio, solicitándose, a tal efecto, el correspondiente testimonio, si las actuaciones sobre las medidas se hubieran producido en Tribunal distinto del que conozca de la demanda».

Por otro lado, no faltan opiniones doctrinales que abogan por esta interpretación del art. 771 .1 LEC basada en la idea de otorgar facilidades al

que se vea en la necesidad de pedir las medidas, para cuya solicitud no se le exige siquiera la intervención de procurador y abogado. Dicho fuero competencial en nada influye en el proceso principal que, ya sí, se sustanciará en alguno de los lugares previstos en el art. 769 LEC.

No debe olvidarse el carácter de estas medidas provisionales previas a la demanda, que no pretenden regular de un modo estable las relaciones entre los cónyuges y de estos con los hijos menores, sino que se limitan a las previstas en los arts. 102 y 103 del Código Civil y que además quedarán sin efecto si dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptadas, no se presenta la demanda ante el juez que, conforme al art. 769 LEC, sea competente.

Lo expuesto lleva a considerar que el fuero especial del art. 771 .1 LEC ha de interpretarse de un modo acorde con las especiales facilidades que han de concederse a quien plantea la demanda ante una perentoria necesidad de regular provisionalmente una situación familiar generada tras la separación de hecho. Las posibles dificultades derivadas del alejamiento del juzgado competente respecto del último domicilio familiar en que haya podido quedar residiendo el otro cónyuge y los hijos menores pueden solventarse, en línea con lo que afirmamos en el auto de 27 de junio de 2016 que este pleno dictó en el conflicto negativo de competencia núm. 815/2016, bien porque no presente especiales dificultades el desplazamiento al juzgado del cónyuge demandado y los hijos, por la cercanía del juzgado con el domicilio en que residan, bien porque se utilice el sistema de videoconferencia para la práctica de las pruebas personales, previsto en el art. 229 LOPJ para las «declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas».

CUARTO. - En lo que se refiere a la segunda cuestión, se plantean con frecuencia controversias sobre qué ha de entenderse por domicilio del solicitante, que dan lugar a conflictos de competencia negativos, como ha ocurrido en este caso, y que dilatan la resolución de la solicitud formulada, con grave perjuicio para los interesados.

En este caso, mientras que el juzgado ante el que se presentó la solicitud entendió que el domicilio del demandante era el lugar en que se encontraba empadronado, que no bastaba la mera declaración del solicitante, en la que alegara que había cambiado de residencia, para fijar un fuero competencial que, además, es imperativo y que podía apreciarse incluso un posible fraude procesal en el hecho de que un demandante pueda elegir un fuero territorial basado en una mera manifestación, el juzgado a favor del cual se inhibió rechazó su competencia por considerar que el domicilio del solicitante era el de su residencia habitual actual y no el correspondiente a la vecindad administrativa que representa el empadronamiento en un determinado lugar.

Esta sala ha precisado en su auto de 27 de mayo de 2014, dictado en el recurso 53/2014 , que «el artículo 40 del Código Civil fija el domicilio de las

personas naturales en el del lugar de su residencia habitual y, en su caso, a efectos procesales, el determinado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (artículos 62 a 69 ), con carácter general ha de atenderse al lugar donde se reside con habitualidad, que equivale a domicilio real, ya que materializa la voluntad de permanencia en determinado lugar» ( sentencia de 13 de julio de 1996, recurso 2083/1993 ).

De esta doctrina se extrae que una cosa es la vecindad administrativa determinada, por ejemplo, a través del padrón municipal o de los datos de la Agencia Tributaria, y otra diferente es el lugar dónde la persona reside con un cierto carácter de habitualidad.

Es relativamente frecuente que, en las crisis matrimoniales, uno de los cónyuges abandone el domicilio conyugal y pase a residir en otro domicilio diferente, generalmente un lugar al que le una algún vínculo (segunda residencia, domicilio de algún familiar, etc.). Por tanto, en estos casos de crisis matrimonial, el carácter de "habitualidad" a la hora de determinar el domicilio de una persona ha de ser interpretado de una forma más amplia y menos rigurosa que en otros supuestos, y no debe ser exigida una prueba exhaustiva sobre dicho carácter habitual. Por el contrario, puede considerarse suficiente que el demandante se dirija a un determinado juzgado sobre la base del fuero competencial del art. 771 .1 LEC y realice alegaciones que justifiquen que esté residiendo en ese lugar. Una interpretación diferente vulneraría la lógica y la finalidad del art. 771 .1 LEC, consistente en facilitar que el cónyuge que ha salido del domicilio familiar pueda solicitar esas medidas provisionales previas a la demanda, de carácter urgente. Esto es incompatible con la exigencia de que se lleve residiendo un largo tiempo en ese lugar o que el cambio de residencia conste en registros oficiales.

Por eso, la apreciación de situaciones de fraude de ley por alteraciones caprichosas del domicilio del cónyuge solicitante, que lo haya alejado artificialmente del lugar en que sigue residiendo el otro cónyuge y los hijos menores, debe ser excepcional y tener bases sólidas.

QUINTO. - Los problemas que pueden traer consigo los conflictos negativos de competencia territorial en este tipo de procesos sobre medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, de los que este caso es un ejemplo claro, hacen aconsejables unas consideraciones finales.

La sala considera que el art. 725 LEC es una norma de carácter general también respecto de estas medidas provisionales previas a la demanda regulada en el art. 771 LEC. Por ello, aunque el juzgado ante el que se solicite la adopción de estas medidas puede examinar de oficio su competencia territorial, en los restrictivos términos expuestos en los anteriores fundamentos, no puede admitirse declinatoria fundada en falta de competencia territorial.

Además, conforme establece el apartado segundo del art. 725 LEC, aunque el juzgado ante el que se formula la solicitud de medidas previas se considere territorialmente incompetente, deberá, no obstante, cuando las circunstancias del caso lo aconsejen, ordenar en prevención aquellas medidas cautelares que resulten más urgentes, como pueden ser las previstas en el art. 158 del Código Civil, remitiendo posteriormente los autos al tribunal que resulte competente.

SEXTO. - Aplicadas las anteriores consideraciones al caso concreto objeto de este conflicto competencial y de acuerdo con el Ministerio Fiscal, procede declarar la competencia del juzgado de Alcalá de Henares.

Ello es así porque el demandante presenta su solicitud en el juzgado del lugar donde se encuentra residiendo de forma más o menos estable en ese momento, que identifica con la casa de sus padres, algo absolutamente lógico y común en casos de crisis conyugal. Se da además la circunstancia de que la esposa demandada y el hijo menor están residiendo en la localidad de Meco, partido judicial de Alcalá de Henares por lo que ningún fraude puede apreciarse en quien formula la solicitud.

Todo ello con independencia del fuero competencial que corresponda para el proceso principal que habrá de sujetarse en su momento a las normas del art. 769 LEC.

Por tanto, se declara competente territorialmente para conocer del presente asunto, el Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Alcalá de Henares.

SÉPTIMO.- De conformidad con lo establecido en el art. 67.1 de la LEC, contra los autos que resuelvan sobre la competencia territorial no cabe recurso alguno.

### III. PARTE DISPOSITIVA

#### LA SALA ACUERDA

1º) Declarar que la competencia territorial para conocer del asunto corresponde al Juzgado de Primera Instancia núm. 6 de Alcalá de Henares.

2º) Remitir las actuaciones a dicho Juzgado.

3º) Y comunicar este auto, mediante certificación, al Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Guadalajara.

Contra esta resolución no cabe recurso alguno.

Finalizo aquí este artículo, sobre el que si quiere formular un comentario o aportación puede hacerlo en la dirección [justiciahispana@gmail.com](mailto:justiciahispana@gmail.com).



Todo año nuevo viene con una esperanza de mejora. La detallada respuesta a tres preguntas puede ayudarnos: ¿Qué no hago que desearía hacer?, ¿Qué estoy haciendo que deseo dejar de hacer?, y ¿Cómo haría mejor lo que estoy haciendo? Tómese su tiempo para contestarlas, y tras determinar porqué y paraqué y cómo quisiera alcanzar ese objetivo, escriba sus deseos concretos en un papel. Manteniendo la voluntad de lograrlas cada día, bajo la lupa de la constancia y la concentración en la meta, es altamente probable que las alcance antes de que llegue el nuevo año, y en todo caso le quedará la satisfacción de haberlo intentado.

**Feliz 2017, amigo lector.**