



**Universitat Autònoma
de Barcelona**

FACULTAD DE DERECHO

DEPARTAMENTO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

TRABAJO DE FIN DE GRADO

**LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS CAUTELARES
EN EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL
REGLAMENTO 1215/2012.**

Competencia judicial y reconocimiento de resoluciones.

Presentado por Alex Danilo Pérez González
4ºto curso de Grado en Derecho

Dirigido por el Dr. Miquel Gardeñes

Bellaterra, 15 de mayo de 2015

RESUMEN

El presente trabajo pretende examinar el estado actual de la regulación de las medidas provisionales o cautelares en el ámbito del Derecho Internacional Privado Europeo y más concretamente, en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012, habida cuenta de las modificaciones introducidas respecto de la anterior regulación contenida en el Reglamento 44/2001. En particular, se centrará en ofrecer una comparación respecto de los cambios legislativos que se hayan producido y que a nuestro parecer resulten más importantes.

Conviene tener en cuenta que, en el actual contexto comercial, cada vez es más frecuente que los litigios tiendan a trascender las fronteras entre Estados trayendo consigo un aumento de los costes de la litigiosidad y normalmente un procedimiento que se alarga en el tiempo. En este sentido, las medidas cautelares se constituyen como un mecanismo eficaz para obtener una justicia provisional y rápida a la hora de asegurar un resultado futuro en un litigio principal. Por ello, es necesario una regulación más ajustada a la importancia de las mismas.

ABSTRACT

The following lines will deal with the current state of regulation of provisional measures in the European Private International Law and, more specifically, on the applicable scope of RB I bis; in view of the changes from the previous regulation contained in RB I. In particular, it will focus on providing a comparison with the legislative changes that have occurred and which we consider are most important.

It should be noticed that in the current market context is increasingly common for disputes to transcend the borders between states, bringing a growing costs of litigation and, usually, a process that stretches over time. In this sense, precautionary measures are an effective mechanism for obtaining a provisional and fast judgment when securing a future result in a main litigation. That is why a more accurate regulation to the importance of the same is necessary.

ABREVIATURAS

Art	=	Artículo.
As	=	Asunto.
C.E	=	Constitución Española.
LEC	=	Ley de Enjuiciamiento Civil.
RB I bis	=	Reglamento Bruselas I bis.
RB I	=	Reglamento Bruselas I.
RB II	=	Reglamento Bruselas II.
SSTJUE	=	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
SSTS	=	Sentencia del Tribunal Supremo.
STC	=	Sentencia del Tribunal Constitucional.
TFUE	=	Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.
TJUE	=	Tribunal de Justicia de la Unión Europea.
V. GR	=	<i>Verbi gratia</i> . Por ejemplo.

I. INTRODUCCIÓN	6
II. MEDIDAS CAUTELARES EN RB I BIS	9
1. APROXIMACIÓN Y NATURALEZA DEL CONCEPTO	10
2. CONCEPTO	11
3. TIPOS DE MEDIDAS CAUTELARES	13
3.1 MEDIDAS DE EFECTO CONSERVADOR	13
3.2 MEDIDAS DE EJECUCIÓN PROVISIONAL	13
4. RASGOS FUNDAMENTALES DE LA REGULACIÓN ESPAÑOLA	14
III. LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL	17
1. EFICACIA DE LAS MEDIDAS PROVISIONALES O CAUTELARES	19
1.1. LA EFICACIA EXTRATERRITORIAL	20
1.2. EFICACIA TERRITORIAL	23
2. EL CRITERIO DE CONEXIÓN REAL	25
IV. RECONOCIMIENTO Y EJECUCIÓN	28
1. CRITERIO DE EQUIVALENCIA FUNCIONAL	30
2. EXCLUSIÓN DEL RECONOCIMIENTO DE MEDIDAS CAUTELARES <i>INAUDITA ALTERA PARTE</i>	32
V. CONSIDERACIONES FINALES	37
VI. BIBLIOGRAFÍA	40

Todo tiene su tiempo y todo lo que se quiere debajo del cielo tiene su hora.

Eclesiastés 3:1.

Gracias a Dios por su fidelidad y acompañarme a lo largo no sólo de este trabajo sino de los cuatro años de Grado. A mis padres y hermanos por su Amor. Al Equipo de Debate de la Facultad de Derecho, a sus miembros tanto alumnos como profesores; con ellos empezó todo. A mis amigos del “*Convenio del Calzado*” por tantas risas y buenos momentos. A mi director, Doctor Miquel Gardeñes, por su confianza, dedicación, dirección y ayuda.

I. Introducción

En el presente trabajo se pone a disposición del lector una investigación en torno al análisis de “La adopción de Medidas Cautelares en el ámbito de aplicación del Reglamento 1215/2012”¹ –en adelante, RB I bis–. Se hará especial hincapié en ofrecer una comparación en relación con la normativa anterior contenida en el Reglamento 44/2001² –en adelante, RB I–.

Pese a la reciente reforma, seguimos contando con una regulación ambigua. Para más *inri* se ha hecho caso omiso a la propuesta de la Comisión Europea que demandaba clarificar la noción de medidas provisionales y cautelares³. Con la reforma introducida, en cambio, sí que se ha excluido un determinado tipo de medidas provisionales como son las “*que no sean de naturaleza cautelar, como las medidas por las que se ordena la audiencia de un testigo*”⁴. De esta manera el legislador daba respuesta a lo sentenciado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea –en adelante, TJUE– en el caso *St. Paul Dairy*⁵.

Se mantendrá a lo largo del presente trabajo la necesidad de una regulación adecuada a la relevancia que tienen las medidas provisionales o cautelares en los litigios internacionales. Cada vez es más común en las relaciones privadas que se desarrollan en un contexto internacional, dentro del ámbito *ratione materiae* del Reglamento⁶, que se recurra con más frecuencia a la justicia provisional. A pesar de que, como es bien sabido, las soluciones obtenidas mediante la misma no son finales.

¹ Reglamento (CE) nº 1215/2012 del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil.

² Reglamento (CE) nº 44/2001 del Consejo, de 22 de diciembre de 2000, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil.

³ Considerando núm. 22. *Vid.* Propuesta de Reglamento del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil. COM 748 (2010) de 14 de diciembre de 2010.

⁴ Así lo recoge RB I bis, en su Considerando 25. Todo ello, sin perjuicio de la aplicación del Reglamento (CE) nº 1206/2001 del Consejo, de 28 de mayo de 2001, relativo a la cooperación entre los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros en el ámbito de la obtención de pruebas en materia civil o mercantil.

⁵ SSTJUE de 28 abril 2005, Asunto C-104/03 *St. Paul Dairy*, para 15. Según el Tribunal, de hecho, la concesión de este tipo de medidas no responde a la finalidad del art. 35 del RB I bis pues, podría conducir a una variedad de criterios de competencia de jurisdicción en relación con la misma relación jurídica, alterando así el sistema reparto de competencias establecido por reglamento.

⁶ Es decir, que la pretensión principal sea subsumible en alguna de las materias enumeradas en el art. 1 del RB I bis; “*materia civil o mercantil*”.

No obstante, su utilización puede responder a varios motivos, como v. gr.: la consecución de una justicia rápida, poco problemática y eficiente, para satisfacer los intereses de las partes, a corto o largo plazo, en espera de la sentencia definitiva. De la misma manera, para evitar que la dilación del proceso en el tiempo pueda causar un perjuicio en el interés legítimo del demandante⁷.

Para llevar a cabo una explicación ordenada, el estudio de la materia estará dividido en dos grandes apartados. En primer lugar, indagaremos en el análisis de la competencia judicial internacional para la adopción de las medidas cautelares. En segundo lugar, nos centraremos en el régimen de reconocimiento y ejecución de las resoluciones que adopten dichas medidas.

Todo ello sin perjuicio de que, para conseguir a posteriori una mejor comprensión del objeto principal del trabajo, se haya optado por ofrecer una aproximación al concepto de medidas provisionales o cautelares desde la perspectiva del Derecho internacional privado europeo. Así como una breve presentación de los rasgos fundamentales que presenta la figura en la regulación española.

⁷ Es habitual que en un litigio transfronterizo, se suele exigir realizar notificaciones o la práctica de pruebas en otros Estados. Al respecto *vid.* F. J. Garcimartín, *Derecho Internacional Privado*, Cizur Menor (Navarra), edit. Aranzadi Thomson Reuters, 2014, pp. 199.

Metodología

El presente trabajo se realizará teniendo en consideración principalmente la regulación contenida en las previsiones del RB I, y las de su sucesor; el RB I bis. De la misma manera, como pilar fundamental, podemos señalar la jurisprudencia del TJUE –en adelante, a cuyas sentencias nos referiremos como SSTJUE⁸–, que ha venido construyendo un régimen específico de Derecho Internacional Privado en relación a las medidas cautelares, a partir de la interpretación de la normativa europea al respecto⁹.

En la misma línea, se ha realizado la presente investigación mediante la utilización de libros, manuales, revistas, artículos doctrinales, monografías y, tal y como se ha señalado *supra*, sentencias, principalmente dictadas por el TJUE pero, también de Tribunales nacionales¹⁰.

Finalmente, referencia especial merece la Propuesta de Revisión del Reglamento RB I para las medidas cautelares¹¹. Y, los informes y proyectos de reforma: “The Pocar Report”¹²; “The Heidelberg Report”¹³ y “The Green Paper”¹⁴, que para la ocasión realizaron eminentes juristas y las instituciones europeas.

⁸ Conviene señalar que, si bien es cierto que, algunas de las Sentencias que citaremos, en su día, fueron dictadas por el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, en el presente trabajo nos referiremos a todas las sentencias del TJUE indistintamente como “SSTJUE”.

⁹ Las Sentencias más utilizadas a lo largo del trabajo serán: SSTJUE de 17 de noviembre de 1998, as. C-391/95 *Van Uden*; de 21 mayo de 1980, as. C-125/79 *Denilaufer*; de 4 de febrero de 1988, as. C-420/07 *Hoffmann*; de 10 de enero de 1990, as. C-261/90 *Reichert*; de 27 de abril de 1999, as. C-99/96 *Mietz*; de 28 de abril de 2005, as. C-104/03 *St. Paul Dairy*; de 28 de abril de 2009, as. C-145/86 *Melites Apostolatis*; entre otras.

¹⁰ SSTS, Sala de lo Civil, de 22 enero de 2000 (RJ 2000, 60); AAP Madrid 10ª, 3 de mayo de 2006 [AC 2006, 921]; SSTC 14/1992, de 10 de febrero.

¹¹ *Vid. supra* núm. 3.

¹² En castellano: El Informe Pocar sobre el Convenio de Lugano II, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en material civil y mercantil, firmado en Lugano el 30 de Octubre de 2007. El susodicho informe es importante en este ámbito de estudio pues, el RB I sirvió de base al Convenio de Lugano.

¹³ The Heidelberg Report Study JLS/C4/2005/03 (The Commission’s Report).

¹⁴ Green Paper on the Brussels I Regulation (Published by the Authority of the House of Lords, London).

II. Medidas cautelares en RB I BIS.

Especialmente en tiempos recientes, la globalización del comercio internacional ha traído consigo un aumento de la litigiosidad transfronteriza. Hecho por el cual es necesaria una regulación efectiva de las medidas cautelares en el ámbito europeo. Una regulación que garantice la seguridad jurídica y tutela judicial efectiva a los sujetos que actúan en el mercado.

La única disposición que se refiere expresamente a “medidas provisionales o cautelares” en el RB I bis se encuentra en el art. 35¹⁵, el cual contiene exactamente el mismo articulado que sus antecesores: el art. 31¹⁶ del RB I y el art. 24¹⁷ del Convenio de Bruselas de 1968¹⁸; sin que se haya producido ningún cambio sustancial. Lo mismo podemos afirmar del art. 31¹⁹ del Convenio de Lugano²⁰. Por consiguiente, se continúa abordando de manera insatisfactoria el concepto de medidas cautelares²¹.

En la misma línea, en relación a la disposición contenida en el art. 35, podemos apuntar brevemente que el Reglamento establece que la concreción de las medidas cautelares que se vayan a adoptar correrá a cuenta de la *lex fori*. Sobre este aspecto, de momento no conviene hacer más hincapié. Se hará mención expresa en el apartado del criterio de equivalencia funcional.

¹⁵ “Podrán solicitarse a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro, incluso si un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro es competente para conocer del fondo del asunto”.

¹⁶ *Vid. infra*. núm. 36.

¹⁷ *Vid. infra*. núm. 35.

¹⁸ Convenio de Bruselas, relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en “materia civil y mercantil” de 27 de septiembre de 1968.

¹⁹ “Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado vinculado por el presente Convenio a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado vinculado por el presente Convenio fuere competente para conocer sobre el fondo”.

²⁰ Convenio de Lugano, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil (DO L 147 de 10.6.2009), firmado en Lugano el 30 de octubre de 2007 por la Comunidad, Dinamarca, Islandia, Noruega y Suiza.

²¹ Afirmación sostenida por M. Pertegas Sander, “Art. 31”, en P. Mankowski, Edit. U. Magnus, *Brussels I Regulation –European Commentaries on Private International Law*, 2ª ed., Múnich, 2011, pp. 609-620; entre otros.

1. Aproximación y naturaleza del concepto.

Podemos calificar la noción de “medias provisionales o cautelares” como un término de difícil concreción. El RB I bis no recoge una definición del concepto ni una clarificación de la vinculación territorial requerida. En realidad, tal y como hemos señalado *supra*, ningún Reglamento europeo lo ha hecho nunca.

Ahora bien, sí que hace referencia expresa²² a la remisión al Derecho interno de los Estados miembros interesados en aplicar tales medidas, sin ofrecernos una ulterior explicación al respecto. Ello supone un problema que se acentúa aún más si atendemos a la diversidad de regulación y criterios que podemos encontrar en los distintos ordenamientos jurídicos de los Estados miembros. Así las cosas, mediante este “*reenvío indeterminado*” el legislador europeo, siendo o no consciente de ello, socava la aplicación uniforme del Reglamento²³. Situación que dista mucho del objetivo perseguido por la Unión Europea en su anhelo de conseguir un espacio de libertad, seguridad y justicia²⁴.

En la búsqueda de una definición del concepto, se debe tener en cuenta, tal y como ha venido estableciendo el TJUE, que sea conforme a los criterios establecidos por la jurisprudencia en cuanto a la definición de las disposiciones del Reglamento. Por ende, el concepto de medidas provisionales o cautelares debe ser apreciado como un concepto autónomo, que debe ser interpretado refiriéndose, por una parte, a los objetivos y al sistema del Reglamento y, por otra, a los principios generales que se deducen de los sistemas jurídicos nacionales²⁵.

²² *Vid.* art. 35 RB I bis.

²³ N. Nicosi, “I provvedimenti provvisori e cautelari nel nuovo regolamento bruxelles I-Bis”, en Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 7, Nº 1, pp. 130.

²⁴ Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, Lisboa 13 de diciembre de 2007. *Vid.* Título V: “Espacio de libertad, seguridad y justicia”, en concreto art. 67.

²⁵ SSTJUE de 13 de Julio de 2006, as. C-103/05 *Reisch Montage*, para. 29; de 15 de febrero de 2007, as. C-29/05 *Lechouritou*, para. 29; de 2 de octubre de 2008, as. C-372/07 *Hassett and Doherty*, para. 17; de 16 de julio de 2009, as. C-189/08 *Zuid-Chemie*, para 17; de 23 de abril de 2009, as. C-167/08 *Draka NK*, para. 19; de 19 de abril de 2012, as. C-523/10 *Wintersteiger*, para 13; Entre otras.

2. Concepto

La falta de definición expresa del Reglamento, ha sido subsanada por el TJUE, que en su función de interpretación de los actos adoptados por la Unión Europea²⁶, ya en reiteradas ocasiones ha emitido una definición para el concepto. Estableciendo que se entiende por medidas provisionales o cautelares *“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, al Juez que conoce el fondo del asunto”*²⁷.

Por la presente definición dispuesta por el TJUE podría parecer que solamente se contemplan las medidas cautelares de efecto conservativo. Ahora bien, es comúnmente aceptado y bien sabido que en la noción de medidas cautelares también se incluyen las de ejecución provisional²⁸. De lo contrario el Tribunal debería de haber hecho mención expresa a su exclusión²⁹.

En la misma línea, no debemos olvidar que el concepto de medidas cautelares alcanza tanto las medidas de efecto conservador como las de efecto provisional, y que solamente será de esta manera siempre que estén previstas por la *lex fori*³⁰. Consecuentemente, en la legislación española se podrán adoptar todas las medidas cautelares previstas en el art. 727 LEC³¹.

²⁶ Vid. art. 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, firmado en Roma el 25 de marzo de 1957; texto consolidado a partir de las reformas posteriores, incluidas las introducidas por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 y la Decisión del Consejo Europeo (2011/199/UE) –en adelante, TFUE–.

²⁷ SSTJUE as. C-261/90 *Reichert*, para. 34; as. C-391/95 *Van Uden*, para. 37; as. C-104/03, *St. Paul Dairy*, para. 13. En el mismo sentido *vid.* Las definiciones contenidas en los Principios de Helsinki, un “Proyecto sobre medidas provisionales y cautelares en litigio transnacional”(ILA 1996).

²⁸ C. Honorati, "Medidas provisionales y revisión del Reglamento Bruselas I: una oportunidad perdida para mejorar la regulación", *Anuario Español de Derecho Internacional Privado*, t. XI, 2011, pp. 218.

²⁹ SSTJUE as. C-104/03 *St. Paul Dairy*, para. 15. En el mismo sentido *vid.* N. Nicosi, *op. cit.*, pp. 131.

³⁰ Vid. Art. 35 RB I bis. En el mismo sentido *vid.* F. J. Garcimartín, “Derecho...”, pp.203.

³¹ V. gr., embargo preventivo, depósito de cosa mueble, anotación preventiva, entre otras.

No podemos obviar el carácter instrumental³² de las medidas cautelares que se concreta en la necesidad de que exista un proceso principal cuya efectividad se asegure. Así como tampoco su inmediatez, para la consecución de la acción principal, ni su pretendido efecto sorpresa³³ que sobre todo se manifiesta en la adopción de medidas *inaudita altera parte*.

Finalmente, una apreciación debe ser hecha antes de continuar. La jurisprudencia anterior dictada por el TJUE, y que tenía como objeto las medidas provisionales o cautelares, se mantiene vigente en tanto que no ha variado el concepto que las define. En la definición que nos brinda el TJUE, se hace mención al “Convenio” refiriéndose al Convenio de Bruselas³⁴. No obstante, hoy en día ya no nos regimos por dicho Convenio, sino por el RB I bis. Todo ello sin perjuicio de que a la vista de la similitud entre el redactado de la disposición que contenía el art. 24 Convenio de Bruselas³⁵, y del anterior art. 31 del RB I³⁶, las mismas consideraciones esgrimidas por el TJUE en sus sentencias anteriores, y que tuvieron como objeto dichos preceptos, se mantienen y son de aplicación en posteriores litigios. Así lo ha manifestado el TJUE³⁷ y se recoge expresamente en el Considerando 34 del RB I bis. El susodicho establece que procede garantizar la continuidad de la interpretación realizada por el TJUE en el Convenio de Bruselas, RB I y RB I bis. Por ende, es lógico que buenamente entendamos que sucede lo mismo con el actual art. 35 del RB I bis –y decimos esto ya que, el TJUE aún no ha tenido oportunidad de pronunciarse al respecto–.

³² Para una información detallada acerca del “carácter instrumental de las medidas cautelares” *vid.* F. Ramos Méndez, *Enjuiciamiento Civil, Cómo gestionar los litigios civiles*, Barcelona, edit. Atelier, 2008, pp. 534; V. P. Daudí, *Las medidas cautelares en el proceso civil*, Barcelona, edit. Atelier, 2012, pp. 31.

³³ F. Ramos Méndez, “Las medidas cautelares en el proceso civil español”, en publicaciones Revista Ramos & Arroyo abogados. Edición en PDF, pp. 10 y 11; R. E. Bascompte, *Medidas cautelares y ejecución*, Barcelona, edit. Atelier, 2013, pp. 105.

³⁴ *Vid. supra* núm. 18.

³⁵ “*Podrán solicitarse medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de un Estado contratante a las autoridades judiciales de dicho Estado, incluso si, en virtud del presente Convenio, un tribunal de otro Estado contratante fuere competente para conocer sobre el fondo*”.

³⁶ “*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*”.

³⁷ SSTJUE de 1 de octubre de 2002 as. C-167/00 *Verein für* para. 49; de 23 de abril de 2009 as. C-533/07 *Falco Privatstiftung*, para. 51-53;; de 18 de octubre de 2011 as. C-406/09 *Realchemie*.

3. Tipos de medidas cautelares

En el art. 35 del Reglamento podemos encontrar implícito dos grandes tipos de medidas cautelares que podrán ser adoptadas por el Juez del fondo o bien, por otro Juez competente para adoptar medidas cautelares conforme al Reglamento³⁸.

3.1 Medidas de efecto conservador

Las medidas de efecto conservador responden al concepto de medidas cautelares propiamente manifestado por el TJUE³⁹ - aunque tal y como ya se ha dicho, ello no quiere decir que se excluyan las medidas de ejecución provisional⁴⁰ de la susodicha definición-. En definitiva, son aquellas medidas destinadas a asegurar la ejecución de una reclamación⁴¹. El paradigma serían los embargos. También el fideicomiso y el depósito judicial de cosa mueble.

Su principal característica es que, pueden ser adoptadas por un Juez que no conozca del fondo. Por dicho motivo, tal y como apunta C. Honorati *“es frecuente escuchar que estos Tribunales ‘proporcionan ayuda’ a los Tribunales que conocen del fondo del asunto”*⁴².

3.2 Medidas de ejecución provisional

Las medidas de ejecución provisional cuentan con un efecto anticipador. Pretenden obtener una ejecución provisional y, por lo tanto, permiten al solicitante disfrutar de sus derechos antes de que se adopte una resolución final⁴³. En consecuencia, ya no se trata de conservar un determinado *statu quo* que garantice una más que probable ejecución de una resolución, *“sino que se pretende innovarlo o, modificarlo concediendo anticipadamente al solicitante aquello que solicita en el petitum de su pretensión que se*

³⁸ Así lo mantienen algunos autores *vid. supra.* núm. 28 y 29.

³⁹ *Vid. supra.* núm. 25.

⁴⁰ *Vid. supra.* 29.

⁴¹ C. Honorati, *op. cit.*, pp. 218. En el mismo sentido, *Vid.* J.M. T. Fernández de Sevilla, L.C. Linares y J. G. Llobregat (Director), *Las Medidas Cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil*, Cizur Menor (Navarra), edit. Aranzadi Thomson Reuters, 2012, pp. 1226.

⁴² C. Honorati, *op. cit.*, pp. 220; J. G. Llobregat, *op. cit.*, pp. 52, 1226.

⁴³ C. Honorati, *op. cit.*, pp. 220.

imponga como condena al demandado'⁴⁴. El paradigma sería la cesación cautelar de la realización de una determinada conducta; v.gr. acto desleal. En tanto que, tal y como acabamos de señalar, se trata de una medida que pretende adelantar una solución que daría el Tribunal competente⁴⁵.

Su característica principal es que este tipo de medidas suelen ser adoptadas por el Juez del fondo. No obstante, nada impide que también puedan ser adoptadas por un Juez no competente sobre el fondo⁴⁶.

4. Rasgos fundamentales de la regulación española: Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000.

A continuación, sin pretender realizar un análisis exhaustivo, ya que no es el trabajo adecuado para ello, se presenta en síntesis una identificación de los principales rasgos de las medidas cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000⁴⁷ –en adelante, LEC–.

En primer lugar, su régimen jurídico se halla en la LEC, la cual se ocupa de su regulación en varios artículos, v. gr.: arts. 5, 566 y 762. De la misma manera, se les dedica el Título VI del Libro III: arts. 721 a 747. En segundo lugar, en cuanto a la definición del concepto, la doctrina científica lo ha definido como, “*aquellos mecanismos procesales tendentes a garantizar o preordenar la viabilidad o efectividad de los efectos de la cosa juzgada que haya de producir la resolución judicial que se pronuncie de manera definitiva sobre el objeto procesal*”⁴⁸.

⁴⁴ J. G. Llobregat, op. cit., pp. 1121.

⁴⁵ En este sentido *vid.* J. F. Crespo, B. M. Corral, “Las normas de defensa de la competencia: Medidas Cautelares en su aplicación judicial directa”, en *El Derecho de la competencia y los jueces*. Madrid: Marcial Pons, 2007, pp.13.

⁴⁶ ; J. G. Llobregat, op. cit., pp. 52, 1226

⁴⁷ Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

⁴⁸ J. G. Llobregat, op. cit., pp. 41. En el mismo sentido *vid.* E. O. Acosta, *Las medidas cautelares en el proceso civil español*, Lisboa, edit. Jurua, pp. 17; N. M. Miret, “Medidas Cautelares y Arbitraje”, Barcelona, edit. Atelier, 2014 pp. 89; F. Ramos Méndez, “Enjuiciamiento...”, op. cit., pp. 513.

Así pues, con carácter general, la legislación procesal civil dota a la protección cautelar de una función principal; asegurar que la futura sentencia que se dicte como culminación del proceso declarativo pueda llevarse a la práctica de modo útil⁴⁹. Es decir, pueda ser ejecutada con todas las probabilidades de éxito. Para que de esta manera, se mitigue el riesgo inherente al transcurso del período temporal que puede transcurrir mientras se sustancian las distintas fases del procedimiento declarativo⁵⁰.

En tercer lugar, la adopción de una medida cautelar, por parte de un Juez o Tribunal, está condicionada al cumplimiento de tres requisitos recogidos en el art. 728 LEC. Primero, *periculum in mora*, el peligro de la mora procesal; la existencia de un riesgo derivado del retraso en la adopción de la medida. Dicho de otra manera, el peligro del transcurso del tiempo que puede dar lugar a que el demandado devenga insolvente. Segundo, *fumus boni iuris*, la apariencia de buen derecho. Es decir, que la petición del actor no sea temeraria o responda a una invención del solicitante. Y por último el tercero, en el cual se ha de tener en cuenta el eventual perjuicio que la medida cautelar le puede causar al demandado, motivo por el cual es necesaria la prestación de fianza o caución suficiente que se habrá de acompañar con la solicitud de las medidas cautelares.

En cuarto lugar, en cuanto al objeto, a tenor del art. 726, el Juez podrá adoptar como medida cautelar, respecto de los bienes y derechos del demandado, *“cualquier actuación directa o indirecta”*. De la misma manera, el art. 727.11^a dispone que se podrán adoptar *“aquellas otras medidas que, para la protección de ciertos derechos, prevean expresamente las leyes, o que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la tutela judicial que pudiere otorgarse en la sentencia estimatoria que recayere en el juicio”*. En consecuencia, a la luz de lo esgrimido por el legislador español, el objeto de las medidas cautelares es bastante amplio. En definitiva, el Juez o Tribunal tiene un gran margen de elección en cuanto la medida solicitada sirva para garantizar la protección de los intereses en litigio –v. gr., embargo preventivo, depósito de cosa mueble, anotación preventiva, entre otras previstas en el art. 727 LEC–.

⁴⁹ SSTS, Sala de lo Civil, de 22 enero 2000 (RJ 2000, 60); AAP Madrid 10^a 3 mayo 2006 [AC 2006, 921]; entre otras. En el mismo sentido, *Vid.* J. G. Llobregat, op. cit., pp. 42.

⁵⁰ J. F. Crespo, op. cit., pp.2.

En la misma línea, es importante recordar que las medidas cautelares se entienden subsumidas en el art. 24 de la Constitución Española⁵¹ –en adelante, CE–. Por ende, forman parte del derecho a la tutela judicial efectiva⁵², entendidas como el derecho a que se adopten medidas provisionales que sean adecuadas para asegurar la efectividad de la sentencia que pueda recaer en el proceso principal. Tanto para el actor como para el hipotético sujeto que se verá afectado por la resolución de adopción de medidas cautelares.

Finalmente, en quinto lugar, en relación a su tramitación, las medidas cautelares se pueden solicitar de tres maneras: junto con la presentación demanda principal⁵³; antes de la presentación de la demanda⁵⁴ y después de la demanda⁵⁵. En este apartado conviene apuntar que, a pesar de que en el ordenamiento jurídico español la regla general es la adopción de medidas cautelares previa audiencia del demandado, se prevé una excepción mediante la adopción *inaudita altera parte*⁵⁶. Se trata de un aspecto relevante en el ámbito de la tutela cautelar internacional regulado en el RB I bis, pues en él dicha posibilidad está sujeta a determinadas condiciones, tal y como comprobaremos en el apartado correspondiente.

⁵¹ “Todas las personas tienen derecho a obtener la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión”.

⁵² J. G. Llobregat, op. cit., pp. 41; F. J. Garcimartín “Derecho...”, pp. 199. En el mismo sentido *vid.* SSTC 14/1992, de 10 de febrero (BOE núm. 54, de 3 de marzo de 1992, pp. 29 a 42).

⁵³ *Vid.* art. 730.1 LEC.

⁵⁴ *Vid.* art. 730.2 LEC. En este caso se concede al solicitante un plazo de 20 días para interponer la demanda. A cuya interposición quedan condicionadas las medidas solicitadas y adoptadas.

⁵⁵ *Vid.* art. 730.4 LEC. En este caso, sólo se adoptaran si la “*petición se basa en hechos y circunstancias que justifiquen la solicitud en esos momentos*”.

⁵⁶ En casos en los cuales el solicitante “*acredite que concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar*”, *Vid.* 733 LEC.

Antes de empezar a desarrollar los siguientes apartados es menester manifestar sucintamente y con carácter preliminar, cuáles son los tres requisitos para que un litigio o bien, como es el caso en este presente trabajo, una resolución de medidas cautelares⁵⁷, sea subsumible en el ámbito de aplicación del Rb I bis. Ello nos servirá tanto para la competencia judicial internacional como para el reconocimiento y ejecución de decisiones.

En primer lugar, debe cumplirse el requisito del ámbito material⁵⁸, básicamente debe tratarse de una “materia civil o mercantil”⁵⁹. Ahora bien, se ha de prestar especial atención a las exclusiones expresamente previstas en el art. 1.2 RB I bis –v. gr., arbitraje, la quiebra, testamentos y sucesiones, entre otras–. En segundo lugar, debe cumplirse el requisito del ámbito de aplicación espacial. Es decir, que el Tribunal ante el cual se presente la demanda sea un órgano jurisdiccional de un Estado miembro. Finalmente, y en tercer lugar, debe cumplirse el requisito del ámbito de aplicación temporal⁶⁰. Es decir, que se trate de acciones judiciales ejercitadas a partir del 10 de enero de 2015.

III. La competencia judicial internacional

Se trata de un aspecto fundamental en cuanto a la adopción medidas cautelares. Es precisamente en este apartado donde encontramos los cambios legislativos más significativos en relación con la antigua regulación contenida en RB I.

Como es bien sabido, el objeto de la competencia judicial internacional es determinar cuándo van a ser competentes los Tribunales de un determinado Estado miembro para resolver un litigio internacional⁶¹. Respecto de la tutela cautelar internacional, lo mismo

⁵⁷ A pesar de los matices expresados por el TJUE que ha establecido que la inclusión de una medida cautelar en el ámbito de aplicación del Reglamento no viene determinada por su naturaleza en sí, sino por la naturaleza de la acción principal. *Vid.* al respecto SSTJUE de 18 de octubre de 2011 as. C-406/09 *Realchemie*, para, 37-44. *Cfr.* Conclusiones del Abogado General sr. Paolo Mengozzi en el mismo asunto, para. 49.

⁵⁸ *Vid.* art. 1 RB I bis y *supra* núm. 6.

⁵⁹ *Vid.* al respecto la abundante jurisprudencia del TJUE que interpreta dichos conceptos v. gr. (las más relevantes al respecto) as. C- 420/08 *Apostolides*, para. 42; as. C-29/05 *Lechouritou*; as. C-406/09 *Realchemie*; entre otras.

⁶⁰ *Vid.* art. 66 RB I bis.

⁶¹ F. J. Garcimartín, “Derecho...”, op. cit., pp. 54.

debe predicarse. Su competencia judicial internacional determina qué Tribunales de los Estados miembros van a ser competentes para conocer de una hipotética solicitud de medidas cautelares llamada a proteger una acción principal en litigio.

La facilitación de la circulación de decisiones es uno de los ejes fundamentales de la Unión Europea. Ya desde sus inicios con el Convenio de Bruselas de 1968, más adelante con el RB I y ahora con, RB I bis, el legislador europeo ha procurado legislar en torno a la unificación de los criterios de competencia judicial internacional. No obstante, no es menos cierto que, también desde sus inicios, la excepción siempre se ha encontrado en las reglas de competencia judicial internacional para la tutela cautelar.

El sistema de medidas provisionales o cautelares que se recoge en el Reglamento europeo está estructurado de acuerdo con el conocido sistema de “*doble vía*” o “*doble ruta*”⁶², proporcionando de esta manera una tutela cautelar efectiva ya que combina un *foro principal* con un *foro especial*. Ahora bien, no está de más recordar que tanto una como otra se aplican únicamente cuando el objeto del litigio es subsumible en el ámbito material del reglamento⁶³.

En primer lugar, un *foro principal*, hasta la reforma sin previsión expresa en el Reglamento europeo –por aquellos entonces el RB I– más allá de su manifestación jurisprudencial, donde las medidas pueden ser adoptadas por el Juez competente para conocer el fondo del asunto. Su alcance será extraterritorial pues precisamente el carácter instrumental⁶⁴ de las medidas cautelares, tiene como resultado que el Juez que conoce del asunto a título principal, deviene el mejor situado para asegurar la acción principal. En segundo lugar, un *foro especial*, previsto expresamente en el art. 35 del RB I bis, donde la tutela cautelar puede ser concedida por un Tribunal provisional –es decir, un órgano jurisdiccional que carece de competencia sobre el fondo–, en el cual el actor puede solicitar medidas cautelares directamente ante los tribunales del lugar donde se deban cumplir o ejecutar. Dando cauce de esta manera, a uno de los objetivos de las medidas cautelares; su inmediatez y efecto sorpresa⁶⁵.

⁶² C. Honorati, op. cit., pp. 209, se refiere a ella como sistema de “*doble vía*”. Cfr. F. J. Garcimartín, “Derecho...”, op. cit., pp. 200, se refiere a ella como sistema de “*doble ruta*”.

⁶³ F. J. Garcimartín, “Derecho...”, op. cit., pp. 202.

⁶⁴ Vid. *supra*. núm. 32.

⁶⁵ Vid. *supra*. núm. 33.

Por lo establecido *supra*, se articula un sistema cautelar internacional efectivo⁶⁶, alternativo en el cual ambas vías son necesarias para proteger el interés legítimo y proporcionar tutela judicial efectiva al actor. En todo caso, una u otra vía se adoptaran en función de las circunstancias características de cada caso concreto y/o bien, por parte del interés del actor. Todo ello sin perjuicio de que lo que acabamos de exponer, en ningún momento produce un efecto permisivo, entiéndase como efecto *forum shopping*, en el ámbito de la tutela cautelar, ya que tal y como apuntan algunos autores, las posibilidades de abuso deben corregirse mediante el juego de la preclusión o de la no concurrencia de los presupuestos objetivos⁶⁷.

1. Eficacia de las medidas provisionales o cautelares.

Como cuestión preliminar conviene establecer que si bien es cierto que el siguiente apartado, relativo a la eficacia de las medidas cautelares, se analizará desde la óptica de la competencia judicial internacional; el susodicho se encuentra estrechamente relacionado y su incidencia será crucial también en el ámbito del reconocimiento y ejecución de resoluciones. Así pues, no debemos obviar que tanto el sistema de competencia judicial internacional como el sistema de reconocimiento y ejecución son mecanismos diseñados para ofrecer una tutela judicial internacional efectiva⁶⁸.

Antaño, tanto el TJUE⁶⁹ como la doctrina⁷⁰, venían manifestando que las medidas cautelares eran aptas para circular libremente en el ámbito judicial europeo. Siempre y cuando lo hicieran dentro de las condiciones establecidas por el Reglamento. Es decir, mediante el cumplimiento del carácter provisional de la medida, garantizando la reparación del daño del demandado en el supuesto de que el actor viera rechazadas sus

⁶⁶ F. J. Garcimartín, “Derecho...”, op. cit., pp. 199.

⁶⁷ F. J. Garcimartín, “Derecho...”, op. cit., pp. 200.

⁶⁸ En este sentido *vid.* F. J. Garcimartín, “Derecho...”, op. cit., pp. 55.

⁶⁹ SSTJUE as. C-125/79 *Denilauer*, para. 17.

⁷⁰ F. J. Garcimartín, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, Aravaca (Madrid), edit. McGraw-Hill, 1996, pp. 139; A. Dickinson, “Provisional measures in The Brussels I” Review: Disturbing the Status Quo?, en *Journal of Private International Law*, V. 6, nº 3 (2010), pp. 533; entre otros.

pretensiones⁷¹ y en cumplimiento del criterio de conexión real para las medidas cautelares adoptadas conforme al art. 31 del RB I –art. 35 RB I bis–.

Más adelante algunos autores propugnaron que la eficacia de medidas cautelares debía estar restringida al territorio donde se adoptaron⁷². Finalmente, en la actualidad, mediante la reciente reforma del RB I, se ha prohibido la circulación de medidas provisionales adoptadas por un Tribunal que carece de jurisdicción sobre el fondo del asunto⁷³.

En definitiva, respecto de las medidas adoptadas por el *foro principal* no ha habido cambios sustanciales más allá de que en la nueva regulación se recoja expresamente dicha posibilidad, en el Considerando 33. Respecto del *foro especial* sí pues, se ha suprimido el alcance extraterritorial del que disponían dichas medidas en el RB I.

1.1. La eficacia extraterritorial

En el ámbito de la tutela cautelar internacional, la regla general de competencia es que el *foro principal* es apto para dictar resoluciones de medidas cautelares o provisionales en tanto que es el foro competente para conocer del derecho material afirmado por el actor⁷⁴, derecho para cuya protección se solicitan las medidas cautelares. Si bien es cierto que la eficacia extraterritorial de la tutela cautelar no estaba reconocida expresamente en el articulado del RB I, así como tampoco en su antecesor, el Convenio de Bruselas de 1968, como una competencia atribuida al Juez competente sobre el fondo, no obstante, sí aparece expresamente en el RB I bis.

Se trata de una importante modificación recogida en el Considerando 33 del RB I bis que dispone que cuando la tutela cautelar sea concedida por un órgano jurisdiccional competente sobre el fondo del asunto, deberá garantizarse la libre circulación de las medidas cautelares en el espacio judicial europeo. De esta manera, se da respuesta a lo

⁷¹ Vid. as. C-104/03 *St. Paul Dairy*, para., 14.

⁷² Heidelberg Report, para. 730; entre otros.

⁷³ Vid. Considerando 33 RB I bis.

⁷⁴ F. J. Garcimartín, “El régimen...”, op. cit., pp. 41.

que se venía manteniendo por parte del TJUE⁷⁵ y por parte de la doctrina científica⁷⁶. Y es que el TJUE de forma reiterada y pacífica había venido estableciendo que el Juez competente sobre el fondo lo es también para adoptar las medidas cautelares necesarias y que las mismas tendrán eficacia extraterritorial. Así lo hizo por primera vez *Van Uden*, cuando estableció literalmente: ‘*Con carácter preliminar, por lo que se refiere a la competencia del Juez de medidas provisionales en virtud del Convenio, procede señalar que es pacífico que un tribunal competente para conocer del fondo de un asunto conforme a los artículos 2 y 5 a 18 del Convenio lo es también para adoptar las medidas provisionales o cautelares que resulten necesarias*’.

Sin embargo, las susodichas medidas cautelares adoptadas por el Juez de fondo están sujetas a un límite; las medidas *ex parte*. A las cuales nos referiremos más adelante pues, se les ha reservado un apartado específico en este trabajo. En la misma línea, conviene brevemente apuntar que el alcance extraterritorial que se les reconoce a este tipo de medidas, implica que serán reconocidas y ejecutadas por los demás Estados miembros automáticamente conforme al nuevo régimen del Reglamento⁷⁷.

Ante la noción ‘*órgano jurisdiccional competente en cuanto al fondo*’, esgrimida por el TJUE y contenida en el Considerando 33 del RB I bis, conviene hacer una sucinta apreciación.

El RB I bis pone a disposición de los actores en el tráfico jurídico, diversos criterios de competencia y, en principio, permite al demandante elegir entre ellos⁷⁸. Por dicho motivo, el principal problema que nos encontramos sería determinar quién es en realidad el órgano jurisdiccional competente en cuanto al fondo. Se presenta la incertidumbre de si el Juez competente sobre el fondo será quien es potencialmente competente para conocer –v. gr., competencia general del domicilio del demandado– o bien, aquel que está efectivamente habilitado por el fondo de la cuestión debido a que

⁷⁵ SSTJUE as. C-391/95 *Van Uden*, para 19 y 22; as. C-99/96 *Mietz*, para. 40.

⁷⁶ Al respecto *vid.* F. J. Garcimartín, ‘‘El régimen...’’, *op. cit.*, pp. 139.

⁷⁷ *Vid. infra.* núm. 115.

⁷⁸ C. Honorati, *op. cit.*, pp. 221.

ya se encuentra conociendo de una demanda⁷⁹ –v. gr., en virtud de una competencia especial–.

En primer lugar, la determinación del órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo que no plantea ápice de duda cuando el Juez tiene competencia exclusiva en virtud del art. 24 RB I bis. Supuesto en el cual, el Tribunal puede resolver de modo definitivo sobre una acción. Por ende, en este caso, nada obsta a que el Tribunal pueda también ejercer con plenitud sus potestades jurisdiccionales, y por lo tanto, pueda otorgar cualquier tipo de tutela cautelar⁸⁰. Y, de la misma manera, cualquier clase de medida, ya sea de conservación o de ejecución provisional.

En segundo lugar, el problema que encuentra humildemente este autor es que en un supuesto de medidas *ante causam* dictaminadas por un Juez potencialmente competente para conocer, por ejemplo, en virtud de alguna competencia del RB I bis, v. gr., domicilio del demandado –art. 4 RB I bis–. Dicha resolución entraría en conflicto con otra resolución dictada por otro Juez perfectamente competente en base a una competencia especial⁸¹, v. gr, lugar de cumplimiento contractual, recogida en el art. 7.1 RB I bis.

La solución más adecuada al problema, a la vez que compartida por la doctrina⁸², sería que, habida cuenta de los distintos criterios de competencia previstos en el RB I bis, los distintos tribunales competentes sobre la base de cualquiera de los criterios previstos serían ‘‘órganos jurisdiccionales competentes sobre el fondo’’⁸³. Así pues, en el caso de medidas cautelares solicitadas antes de que se plantee la demanda sobre el fondo del caso, únicamente el Juez que materialmente acabe conociendo sobre el fondo del asunto, porque ante él se haya presentado la demanda principal –en el caso español, deberá ser al cabo de 20 días–, tendrá la consideración de ‘‘órgano jurisdiccional competente sobre el fondo’’. De lo contrario nos podríamos encontrar ante problemas de

⁷⁹ Para encontrar más información detallada al respecto *vid.* N. Nicosi, op. cit., pp.139-141; C. Honorati, op. cit., pp. 221.

⁸⁰ F. J. Garcimartín, ‘‘El régimen...’’, op. cit., pp. 41.

⁸¹ N. Nicosi, op. cit., pp. 140.

⁸² N. Nicosi, op. cit., pp. 140; C. Honorati, op. cit., pp. 222-223; A. Dickinson op. cit., pp. 545-546.

⁸³ En líneas similares se ha manifestado C. Honorati, op. cit., pp. 222.

duplicidad e incluso de no reconocimiento de resoluciones cuando el procedimiento principal no se presente ante el Juez que adoptó la medida provisional o cautelar⁸⁴.

1.2. Eficacia territorial

Antes de la reforma e introducción de RB I bis, las medidas adoptadas por un Juez sin competencia sobre el fondo del asunto también tenían atribuidas un alcance extraterritorial. La doctrina se muestra sorprendida por semejante cambio⁸⁵. La cuestión es que la jurisprudencia del TJUE en los asuntos *Mietz*, *Denilauer* y *Van Uden*, en ningún momento establece que las medidas cautelares adoptadas sobre la base del art. 35 –es decir, sobre la base de criterios de competencia judicial nacionales– no puedan circular extraterritorialmente⁸⁶.

Si bien es cierto que en la mayoría de los casos la adopción de este tipo de medidas no supone la necesidad de alcance extraterritorial⁸⁷, ello no debe confundirse con la imposibilidad jurídica de reconocer y ejecutar este tipo de decisiones en el extranjero.

El *foro especial* recogido en el art. 35 RB I bis, se caracteriza por facilitar al actor la posibilidad de solicitar una medida cautelar justo allí donde esté llamada a producir sus efectos. De esta manera se garantiza la efectividad de la medida, su inmediatez y sorpresa puesto que su cumplimiento será inmediato. De lo contrario, el actor debería solicitar la medida provisional en el *foro principal* y de la misma manera, también solicitar el reconocimiento en el lugar donde se pretenden sus efectos lo que haría que el proceso se dilatase y aumentaran los costes.

Tal circunstancia daba lugar al *forum shopping* cautelar. Por ello, desde algunos sectores se propugnaba una restricción en la eficacia extraterritorial de tales medidas.

⁸⁴ Ello debido a que tal y como apunta C. Honorati: “siempre se presumirá que el fundamento de todas las medidas provisionales adoptadas *ante causam* se encuentra en el art. 35, fueros nacionales, y, en consecuencia, nunca serán reconocidas”. *Vid.* C. Honorati, op. cit., pp. 223

⁸⁵ C. Honorati, op. cit., pp. 213; M. Pertegas Sander, op. cit., pp. 119.

⁸⁶ M. Pertegas Sander, op. cit., pp. 119. En el mismo sentido *vid.* N. Nicosi op. cit., pp. 135.

⁸⁷ Debido a que, es habitual que en estos casos, el actor solicite las medidas cautelares directamente ante el Tribunal del lugar donde se debe cumplir o ejecutar la medida.

En este sentido, debemos hacer especial referencia a la Respuesta al Libro Verde⁸⁸ realizada por la “Associació d’Estudis Jurídics Internacionals”⁸⁹, mediante la cual se solicitaba la restricción de la eficacia extraterritorial de las medidas cautelares tal y como finalmente ha sido recogido en el RB I bis.

Conforme a la nueva regulación, cuando un Juez adopte una medida cautelar en base a una competencia del Reglamento o bien en base a una competencia exclusiva, v.gr., art. 24, los Tribunales de los demás Estados miembros podrán seguir siendo competentes para adoptar resoluciones de medidas cautelares, esta vez sobre la base del art. 35 RB I bis. Ahora bien, las susodichas traerán consigo limitaciones a su circulación en el espacio judicial europeo. Así lo dispone el *Considerando 33* del RB I bis, mediante el cual se recoge expresamente que las medidas provisionales y cautelares ordenadas por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro que no sea competente sobre el fondo del asunto, su efecto deberá circunscribirse, al territorio de ese Estado miembro.

Algunos autores⁹⁰ apuntan que esta restricción de la libre circulación de las medidas cautelares introducida en el RB I bis, ha tenido inspiración en el art. 20⁹¹ del Reglamento Bruselas II⁹² –en adelante, RB II– en la jurisprudencia del caso *Purrucker*⁹³ emanada del TJUE al respecto. Desde luego, se trata de sospechas bien fundadas habida cuenta que, ambos pronunciamientos del TJUE en el caso *Purrucker* datan de 2010, mientras que el RB I bis, por el cual se introduce la restricción de medidas cautelares adoptadas por un Juez carente de competencia sobre el fondo, es de 2012.

⁸⁸ *Vid. supra* núm. 14. He tenido acceso al documento de la “Respuesta al Libro Verde” gracias a la amable cortesía del Dr. Miquel Gardeñes Santiago. Profesor titular de Derecho Internacional Privado en la Universidad Autónoma de Barcelona y director del presente Trabajo de Fin de Grado.

⁸⁹ Associació d’Estudis Jurídics Internacionals (AEJI). *Vid. supra* núm. 82.

⁹⁰ *Vid. C. Honorati, op. cit.*, pp. 214 y 224; N. Nicosi, *op. cit.*, pp.136

⁹¹ “1. 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 su propia legislación en relación con personas o 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. 2. Las medidas tomadas en virtud del apartado 1 dejarán de aplicarse cuando el órgano jurisdiccional del Estado miembro competente en virtud del presente Reglamento para conocer del fondo del asunto haya adoptado las medidas que considere apropiadas”.

⁹² Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

⁹³ SSTJUE de 15 de julio de 2010, as. C-256/09 *Purrucker I*; de 9 de noviembre de 2010 as. C-296/10 *Purrucker II*.

No obstante, en realidad el caso Purrucker no tiene valor significativo para interpretar el RB I bis⁹⁴. Se ha de ser muy cuidadoso a la hora de intentar hacer una analogía entre ambas regulaciones.

Si bien es cierto que las medidas cautelares obtenidas a tenor del art. 20 del RB II son adoptadas por un órgano jurisdiccional no competente sobre el fondo y por tanto, sus efectos se limitan estrictamente a su ámbito territorial⁹⁵, lo cual se corresponde exactamente con la actual regulación del RB I bis. Conviene recordar que las materias que regulan ambos Reglamentos, a pesar de ser sumamente importante, son extremadamente distintas. Los valores no son los mismos ya que, mientras que en el RB II se tratan materias relativas a menores y familias, en el RB I bis se tratan materias civiles y mercantiles. Por ende, no es comparable el derecho de familia con el derecho comercial, sino que se trata de dos ámbitos competenciales distintos. Un argumento más que nos lleva a descartar totalmente que el legislador europeo haya tenido como referente la limitación territorial del RB II es el redactado completamente distinto entre el RB I bis, art. 35 y, art. 20 del RB II⁹⁶.

2. El criterio de conexión real

En el RB I bis no se recoge ningún criterio de conexión que establezca bajo qué condiciones los Tribunales de los Estados miembros pueden adoptar medidas cautelares al amparo del art. 35. No se recogía tampoco en la anterior regulación –más bien se le continúa haciendo caso omiso- a la jurisprudencia del TJUE⁹⁷ que sí se ha pronunciado al respecto requiriendo su existencia para evitar el *forum shopping* en el ámbito de la tutela cautelar.

El TJUE ha establecido que del art. 35 RB I bis se entienden implícitas dos condiciones. En primer lugar, el carácter provisional y a la vez que se garantice el resarcimiento por los daños que se le pueda causar al demandado en el caso de que el actor no viera

⁹⁴ Vid. A. Dickinson op. cit., pp. 539-540.

⁹⁵ De igual manera, no beneficiándose del régimen de reconocimiento y ejecución, por ende.

⁹⁶ No se tipifica en el art. 35 RB I bis ni el lugar de situación de los bienes, ni la limitación temporal, ni tan siquiera el requisito de urgencia, todas ellas circunstancias que sí constan en el art. 20 RB II.

⁹⁷ Vid. as. Denilauer y Van Uden.

estimadas sus pretensiones en el procedimiento principal⁹⁸. En segundo lugar, y por lo que aquí respecta más importante; el criterio de conexión real.

Se trata de un requisito no recogido expresamente en el Reglamento que se entiende implícitamente en el redactado del art. 35. Su creación ha sido jurisprudencial⁹⁹ y no ha sido dotada de contenido por parte del legislador europeo lo cual es una verdadera lástima habida cuenta de la necesidad de clarificar las condiciones de una vinculación territorial. Ahora bien, su cumplimiento se ha convertido en uno de los requisitos indispensables a la hora de la adopción de las medidas cautelares, junto con el cumplimiento del carácter provisional de la medida.

En definitiva, tal y como ha señalado el TJUE¹⁰⁰, la concesión de medidas provisionales o cautelares está supeditada a la existencia de un *vínculo de conexión real* entre el objeto de la medida solicitada y la competencia territorial del Estado miembro del órgano jurisdiccional que conoce del asunto.

Diseñar y redactar un criterio de competencia capaz de reflejar el punto de “conexión real” es misión imposible. Demasiado difícil y delicado, así lo ponía de manifiesto el Informe Pocar¹⁰¹. Por consiguiente, seguimos a la par de ambigüedades y sin tener un concepto claro y definido de vínculo de conexión real tal y como se desprende de la jurisprudencia del TJUE.

Las ambigüedades se acrecientan y causan inseguridad jurídica para los sujetos que actúan en el tráfico jurídico pues, no está muy claro cuál es o dónde se cumple dicho vínculo. Ello es debido a que, la expresión “vínculo de conexión real”, lejos de estar clara, puede ser interpretada hasta de tres maneras distintas¹⁰².

⁹⁸ *Vid. supra.* núm. 71.

⁹⁹ SSTJUE as. C-125/79 Denilauer, para. 16 ; as. C-391/95 Van Uden, para. 40.

¹⁰⁰ SSTJUE as. C-391/95 Van Uden, para. 40.

¹⁰¹ Informe Pocar, op. cit., para. 127.

¹⁰² C. Honorati, op. cit., pp. 213.

En primer lugar, como referida al lugar en el que los bienes se encuentran localizados¹⁰³. En segundo lugar, como referida al lugar donde las medidas deben ser ejecutadas¹⁰⁴. En tercer lugar, incluso puede ser vista como referida a que los efectos de la medida adoptada se limitan al foro¹⁰⁵.

Ahora bien, a la luz de la referencia contenida en Denilauer y, más adelante en Van Uden al “*lugar donde se encuentra el bien objeto del procedimiento*”, el nexo real debe ser interpretado en el sentido de poner de relieve la importancia únicamente del lugar de ejecución de la medida¹⁰⁶. No obstante, si bien es posible afirmar que el vínculo real requerido por el TJUE en Denilauer y Van Uden se encuentra en el territorio del órgano jurisdiccional competente para ejecutar la resolución de medidas cautelares *foro loci executionis*. Por otro lado, no se puede negar que la búsqueda del vínculo de conexión real está necesariamente ligado y condicionado por el contenido de la medida¹⁰⁷. En consecuencia, según lo establecido, nos encontraríamos ante un diferente vínculo de conexión diverso pero igualmente idóneo para satisfacer el requisito establecido en Van Uden¹⁰⁸.

Así pues, de esta manera, en las medidas cautelares *reales*, *v.gr.*, la incautación de bienes, el vínculo de conexión real será el lugar en el cual se encuentren materialmente las mercancías que se ven afectadas por la resolución de adopción de medidas cautelares, en este caso, la orden de incautación de los bienes. Por el contrario, en lo relativo a las medidas *in personam*, como las relativas a las obligaciones de hacer o no hacer, lo importante en ningún caso sería la ubicación de los bienes y/o mercancías, sino el vínculo territorial con la persona potencialmente afectada por la orden. Por ende, el juez será capaz de ejecutar la resolución a la persona destinataria de la medida en el caso de que se cometa una infracción¹⁰⁹.

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ L. Querzola, “Tutela cautelare e convenzione di Bruxelles nell’esperienza della Corte di giustizia delle Comunità europee”, *Riv. Trim. Dir. Proc. Civ.*, 2000, pp.839.

¹⁰⁵ E. Merlin, “Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario” en *Rivista di diritto processuale*, 2002, pp. 783 a 784.

¹⁰⁶ N. Nicosi, *op. cit.*, pp. 133.

¹⁰⁷ N. Nicosi, *op. cit.*, pp. 134.

¹⁰⁸ *Vid. supra* núm. 100.

¹⁰⁹ *Ibid.*

IV. Reconocimiento y Ejecución

El objeto del reconocimiento y ejecución de decisiones extranjeras es determinar qué efectos van a tener las decisiones de autoridades extranjeras y cómo debe procederse a su ejecución cuando el deudor o sus bienes se encuentran en otro Estado miembro¹¹⁰. En el ámbito de la tutela cautelar internacional como no podría ser de otra manera, el objeto es parecido. Se trataría de determinar la eficacia que va a tener en otros Estados miembros una hipotética resolución de medidas provisionales o cautelares dictada por un órgano jurisdiccional de un Estado miembro.

Precisamente al respecto debemos destacar que, no es lo mismo, o mejor dicho, no tendrá los mismos efectos una resolución dictada por un órgano jurisdiccional competente para conocer del fondo del litigio que un órgano jurisdiccional carente de competencia sobre el fondo. Mediante la modificación introducida por el RB I bis, en su Considerando 33, solamente las primeras resoluciones tienen reconocida la eficacia o el alcance extraterritorial mientras que las segundas, a diferencia de la regulación que se contenía antaño¹¹¹ deberán circunscribirse al ámbito territorial del órgano jurisdiccional que las ha dictado.

En cualquier caso, tal y como ya hemos manifestado como cuestión preliminar¹¹², para que proceda el régimen de reconocimiento y ejecución del RB I bis, entre otros requisitos a los cuales nos referiremos más adelante, procede indicar que es fundamental que el litigio esté incluido en el ámbito de aplicación del Reglamento. Por ende es necesario que se trate de una decisión proveniente de otro Estado miembro que esté incluida en el ámbito material del RB I bis y, se trate de una decisión judicial ejercitada a partir del 10 de enero de 2015¹¹³.

¹¹⁰ F.J. Garcimartín, “Derecho...”, op. cit., pp. 53

¹¹¹ *Vid.* RB I el cual no hace diferenciación en cuanto a la eficacia de las medidas cautelares adoptadas por un órgano jurisdiccional competente sobre el fondo y otro carente de dicha competencia, reconociendo a ambos una eficacia extraterritorial de la resolución adoptada.

¹¹² *Vid. supra.* núm. 57-60.

¹¹³ En caso contrario procederá la aplicación del RB I, es decir el anterior Reglamento europeo. Al respecto *vid.* art. 66.2 RB I bis.

La consideración del término *resolución*, constituye una novedad en el presente RB I bis. Debe interpretarse en sentido amplio debido a que, según estipula el art. 2.a; abarca tanto las resoluciones definitivas sobre el fondo como las resoluciones provisionales. A su vez, introduce una novedad fundamental. Sólo se le reconoce la calificación de “resolución” a las medidas cautelares acordadas por un órgano jurisdiccional competente sobre el fondo. Por ende, se suprime expresamente a las adoptadas por un órgano jurisdiccional en virtud del art. 35.

Circunstancia sumamente importante pues de ello se deriva que únicamente serán reconocidas las resoluciones de medidas cautelares dictadas por el Juez competente sobre el fondo. Así lo recoge el art. 42 BR I bis que en relación a la ejecución estipula que para que una resolución pueda ser ejecutada en otro Estado miembro el órgano jurisdiccional del cual ha emanado deberá ser el competente sobre el fondo del asunto.

A pesar de que no es objeto de estudio en el presente trabajo, debemos explicar sucintamente la figura del *exequátur* debido a que sus implicaciones en el ámbito del reconocimiento y ejecución de decisiones son sumamente importantes. Y, desde luego, también por lo que respecta a las resoluciones de medidas cautelares con eficacia extraterritorial.

En primer lugar, conviene definir la noción de *exequátur*. Se trata de un procedimiento cuyo objeto es que una decisión extranjera pueda producir efectos y ser ejecutada en un Estado miembro¹¹⁴. En segundo lugar, en relación a la anterior regulación contenida en el RB I se ha suprimido el procedimiento de *exequátur*. Antaño, se entendía que si bien, el reconocimiento de decisiones era automático¹¹⁵, la ejecución no era automática y estaba sometida a una serie de requisitos¹¹⁶ para en su cumplimiento otorgar un procedimiento simple de declaración de ejecutabilidad.

¹¹⁴ Para obtener más información al respecto *vid.* F. J. Garcimartín “Derecho...” op. cit., pp. 258 y ss.

¹¹⁵ *Vid.* art. 33 RB I.

¹¹⁶ *vid.* requisitos contenidos en los arts. 38 a 52 RB I.

Ahora bien, mediante la nueva regulación contenida e introducida con el RB I bis, tanto el reconocimiento¹¹⁷ como la ejecución¹¹⁸ pasan a ser totalmente automáticos. Es decir, una resolución de medidas cautelares, por lo que se refiere a nuestro caso objeto de investigación, dictada por un Juez de otro Estado miembro con competencia sobre el fondo, producirá efectos de pleno derecho en el Estado miembro requerido sin necesidad de procedimiento alguno¹¹⁹.

1. Criterio de equivalencia funcional

A tenor del Principio de Cooperación Leal¹²⁰ los Estados miembros deben proporcionar la tutela judicial efectiva que el Derecho de la Unión europea confiere a los actores en litigio¹²¹. En nuestro caso concreto se trataría de garantizar la tutela cautelar al actor o solicitante de la medida cautelar en cuestión.

El legislador europeo deja un amplio margen de apreciación para la adopción de medidas cautelares, en cuanto a sus tipos y clases. Así lo dispone el art. 35 que establece que: “...podrán solicitarse a los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro medidas provisionales o cautelares previstas por la ley de dicho Estado miembro...”. En otras palabras, podríamos decir que el legislador establece que la concreción correrá a cuenta de la *lex fori*. O lo que es lo mismo, el amplio margen de maniobra se traduce en que los órganos jurisdiccionales nacionales de cada Estado miembro podrán establecer o dictaminar cualquier medida cautelar de las que se contengan en su ordenamiento jurídico.

¹¹⁷ Vid. art. 36 RB I bis.

¹¹⁸ Vid. art. 39 RB I bis.

¹¹⁹ *Ibid.* núm. 113 y 114.

¹²⁰ Vid. art. 4.3 párrafo segundo del Tratado de la Unión Europea, firmado en Maastricht el 7 de febrero de 1992; texto consolidado a partir de todas las reformas posteriores, incluidas las introducidas por el Tratado de Lisboa de 13 de diciembre de 2007 –en adelante, TUE–.

¹²¹ SSTJUE de 12 de abril de 2001, as. C-235/09 *DHL Express France SAS*, para. 58.

Consecuentemente, así las cosas, nos encontramos ante una gran disparidad y tipología de medidas cautelares que no siempre se corresponden entre Estados miembros. Ello debido a que cada Estado es soberano y articula su ordenamiento jurídico conforme a su tradición jurídica. Por este motivo, podría ser que, una medida cautelar de un Estado miembro no encontrase una semejante en relación a otro Estado miembro.

No obstante, este significativo problema ha sido subsanado por el TJUE¹²² que ha sentenciado que, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro están obligados a adoptar las medidas previstas en su legislación y que sean idóneas a fin de garantizar el cumplimiento de la medida cautelar solicitada. Precisamente por dicha circunstancia, habida cuenta de la disparidad de medidas cautelares, el legislador prevé una solución en el contexto del reconocimiento de la resolución. Se trata del conocido criterio de equivalencia funcional recogido en el art. 54.1 que dispone: *“Si una resolución contiene una medida o una orden que no es conocida en el ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido, la medida o la orden se adaptará, en lo posible, a una medida u orden conocida en el ordenamiento jurídico de dicho Estado miembro que tenga efectos equivalentes y persiga una finalidad e intereses similares. Dicha adaptación no tendrá más efectos que los dispuestos en el Derecho del Estado miembro de origen”*,¹²³.

En definitiva, en caso de que un Estado miembro sea requerido para reconocer y ejecutar una resolución que contenga un medida cautelar que su Derecho nacional no prevea ni tan siquiera de forma análoga¹²⁴, el Tribunal deberá atender al objetivo perseguido por dicha medida recurriendo a las disposiciones pertinentes de su Derecho

¹²² SSTJUE as. C-235/09 *DHL Express France SAS*, para. 53; de 14 de diciembre de 2006 as. C-316/05 *Nokia*, para. 49.

¹²³ Para más abundamiento del lector; el artículo cuenta con dos apartados más del siguiente tenor: “2. Cualquiera de las partes podrá impugnar la adaptación de la medida u orden ante un órgano jurisdiccional. 3. Si fuera necesario, se podrá exigir a la parte que invoca la sentencia o que solicita la ejecución que presente una traducción o una transcripción de la resolución”.

¹²⁴ SSTJUE Asunto C-235/09 *DHL Express France SAS* Fallo: *“En el caso de que el Derecho nacional de uno de estos otros Estados miembros no prevea ninguna medida coercitiva análoga a la dictada por dicho tribunal, el órgano jurisdiccional competente de ese Estado miembro deberá atender al objetivo perseguido por dicha medida recurriendo a las disposiciones pertinentes de su Derecho nacional que garanticen de forma equivalente el cumplimiento de dicha prohibición”*.

nacional que garanticen de forma equivalente el cumplimiento de la prohibición dictada inicialmente¹²⁵.

Para finalizar el presente apartado cabe hacer referencia a un aspecto relevante señalado por el TJUE. Éste es la diferenciación entre la naturaleza de la acción principal y la naturaleza de la medida cautelar. Es decir, la inclusión de un tipo específico de medida cautelar en el ámbito de aplicación del RB I bis, no viene determinada por su naturaleza propia, sino por la naturaleza de los derechos a cuya salvaguardia garantizan; los de la acción principal¹²⁶, v. gr. incluso podrá ser reconocida una medida cautelar que contenga una acción que revista carácter de Derecho público siempre y cuando la acción del litigio principal pueda calificarse como una relación jurídica de Derecho privado¹²⁷.

2. Exclusión del reconocimiento de medidas cautelares *inaudita altera parte*.

La exclusión del reconocimiento y ejecución de medidas provisionales o cautelares *inaudita altera parte* no representa ningún cambio material respecto de la anterior regulación. No obstante, sí que podríamos apuntar ciertos cambios formales que inducen, sin bien tal vez no inseguridad jurídica pero sí incertidumbre. Se ha modificado el redactado del artículo, suprimiendo algunas partes para situarlas en otros lugares del Reglamento.

Anteriormente, en el RB I, la exclusión del reconocimiento de medidas cautelares *inaudita altera parte* se recogía en el art. 34¹²⁸, *sito* en el Capítulo III, relativo al reconocimiento y ejecución. En cambio, en la nueva regulación, RB I bis, en primer lugar, podemos encontrar una sucinta referencia ya en el art. 2 que define el término *resolución* y aprovecha también para excluir las medidas cautelares *inaudita altera*

¹²⁵ *Ibid.*, para. 56. De la misma manera *vid.* Conclusiones del Abogado General Sr. Pedro Cruz Villalón respecto del mismo asunto C-235/09.

¹²⁶ *Vid.* al respecto: as. C-406/09 *Realchemie*, para. 44; de 27 de marzo de 1979, as. C-143/78 *Clavel*, para. 8; de 26 de marzo de 1992, as. C-261/90 *Reichert*, para. 32; as. C.391/95 *Van Uden*, para. 33.

¹²⁷ *Ibid.*

¹²⁸ “Las decisiones no se reconocerán: si el reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro requerido, cuando se dictaren en rebeldía del demandado, si no se hubiere entregado al mismo la cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no hubiere recurrido contra dicha resolución cuando hubiera podido hacerlo”.

*parte*¹²⁹. En la misma línea, en el art. 42.2.c¹³⁰, esta vez ya, *sito* en el Capítulo III, relativo al reconocimiento y ejecución. Y, finalmente, en el art. 45.1.b¹³¹, relativo a la denegación del reconocimiento y ejecución.

Por tanto, a pesar de no haberse introducido ningún cambio material respecto a la anterior regulación, llama la atención que el legislador haya elegido el art. 2.a para una referencia de tal envergadura¹³². Habida cuenta que, un lector, jurista, estudiante, empresario precavido, buscaría dicha referencia, tal y como venía haciéndolo y como es más lógico, en el Capítulo III, relativo al Reconocimiento y Ejecución y no, donde se encuentra; en “Definiciones”. No obstante, tal y como hemos dicho, más allá de esta imprecisión del legislador han sido pocos –o casi bien ninguno- los cambios que se han introducido¹³³.

A tenor de la disposición recogida en los artículos que acabamos de mencionar, todo se resume a que no pueden acogerse al régimen de reconocimiento y ejecución las resoluciones judiciales por las que se adoptan medidas provisionales o cautelares dictadas sin que la parte demandada contra las que vayan dirigidas hayan sido citadas para comparecer y estén destinadas a ejecutarse sin haber sido previamente notificadas¹³⁴.

¹²⁹ “No se incluyen las medidas provisionales y cautelares que el órgano jurisdiccional acuerde sin que el demandado sea citado a comparecer, a no ser que la resolución relativa a la medida haya sido notificada al demandado antes de su ejecución” Por otra parte, podemos encontrar exactamente lo mismo en el Considerando 33 del mismo Reglamento.

¹³⁰ “A efectos de la ejecución en un Estado miembro de una resolución dictada en otro Estado miembro que ordene una medida provisional o cautelar, el solicitante facilitará a las autoridades de ejecución competentes: c) en caso de que la medida se haya ordenado sin que se citara a comparecer al demandado, la acreditación de haberse efectuado la notificación de la resolución.

¹³¹ “A petición de cualquier parte interesada, se denegará el reconocimiento de la resolución: b) cuando la resolución se haya dictado en rebeldía, si no se entregó al demandado cédula de emplazamiento o documento equivalente de forma tal y con tiempo suficiente para que pudiera defenderse, a menos que no haya recurrido contra dicha resolución cuando pudo hacerlo”.

¹³² C. Honorati, op. cit., pp. 211.

¹³³ Excepto obviamente el que ya hemos señalado: sólo se reconoce el efecto extraterritorial de las medidas cautelares adoptadas por un Juez competente sobre el fondo.

¹³⁴ SSTJUE as. C-125/79 *Denilauer*, para. 17, 18. *Vid.* también, Conclusiones del Abogado General sr. Henry Mayras en el mismo caso, pp. 544.

En este apartado entran en conflicto dos garantías¹³⁵. En primer lugar, la libre circulación de decisiones. La confianza recíproca en la justicia de la Unión Europea que lleva a hacer automático el reconocimiento y ejecución de decisiones. Por otra parte, el respeto a los derechos de defensa del demandado que, tal y como dispone el Considerando 29 del RB I bis, implica tener la oportunidad de defenderse en caso de que la resolución haya sido adoptada en rebeldía del demandado y no se le haya notificado.

En definitiva, de lo que se trata es de excluir la posibilidad de que el demandado sea sorprendido por la ejecución de una resolución de la que no haya recibido notificación. Debido a que, incluso, podría darse el supuesto de que en realidad como estas medidas son *inaudita altera parte*, podría ser que ni siquiera el demandado tuviese conocimiento del procedimiento que se le está abriendo y no obstante se le proceda a embargar bienes. Precisamente es aquí donde debe desplegar todos sus efectos el derecho de defensa pues, no solamente se le estaría produciendo un perjuicio al demandado en su derecho, sino también incluso a potenciales terceros, como pueden ser, acreedores del demandado con un derecho preferente de cobro sobre alguno de sus bienes patrimoniales.

Precisamente para garantizar el derecho de defensa del demandado la adopción de medidas cautelares ha de ser conforme a un proceso contradictorio. Es decir, mediante previa audiencia del demandado. Constituyéndose de esta manera como regla general en el procedimiento de adopción de medidas cautelares, para su posterior reconocimiento y ejecución.

Ahora bien, desde la perspectiva del demandante legítimamente podemos pensar que en realidad, qué es la tutela cautelar, como ya también se ha señalado en este trabajo, sino una forma de anticiparse al proceso, que garantiza inmediatez y eficacia en relación a la acción principal y a los derechos del acreedor¹³⁶. Motivo por el cual, precisamente el RB I bis prevé como excepción que se puedan adoptar medidas cautelares *inaudita altera parte* y que las mismas se puedan reconocer y ejecutar siempre y cuando se le

¹³⁵ SSTJUE as. C-420/07 *Apostolides*, para. 73.

¹³⁶ *Vid. supra*. núm. 32 y 33.

haya notificado la resolución al demandado antes de la ejecución para que de esta manera se garantice su derecho de defensa¹³⁷.

A modo de comparación, procede indicar que en cualquier caso el régimen previsto por el legislador europeo es más severo que el régimen que prevé el legislador español, contenido en el art. 733.2 LEC. Mientras que en nuestra legislación nacional española la regla general es la adopción de medidas cautelares previa audiencia del demandado, es decir, mediante un proceso contradictorio, se prevé una excepción; la adopción *inaudita altera parte*. O lo que es lo mismo, sin que se le notifique la petición de medidas provisionales al demandado¹³⁸; habiéndosele de notificar en cualquier caso, sin dilación *incluso* inmediatamente después de la ejecución de las medidas. En la regulación europea esto es impensable, pues si bien es cierto que se prevé una excepción a la regla general mediante la adopción de medidas cautelares *inaudita altera parte*. La notificación de la adopción de medidas cautelares en cualquier caso deberá ser antes de su ejecución. Todo ello para no vulnerar los derechos de defensa.

Por último, y no por ello menos importante, especial atención merece nuevamente el Considerando 33 del RB I bis ya que, desde nuestro punto de vista, contiene tres líneas que afectan directamente al reconocimiento y ejecución de resoluciones adoptadas *inaudita altera parte*. Si bien es cierto que, en primer lugar, el Considerando 33 contiene la regla general de no reconocimiento ni ejecución de medidas cautelares *inaudita altera parte*. En segundo lugar, contiene la excepción para poder reconocer y ejecutar dichas medidas *inaudita altera parte* siempre y cuando se haya notificado al demandado antes de su ejecución. Y hasta aquí ninguna sorpresa. Más adelante sorprendentemente dispone que: “*Esto no debe obstar al reconocimiento y ejecución de tales medidas en virtud del Derecho nacional*”; constituyéndose lo que parece ser otra posible excepción a la de las de no reconocimiento de tales medidas.

Esto es lo más sorprendente pues, repetimos: se admite expresamente la posibilidad de que el reconocimiento y ejecución en otro Estado miembro de medidas cautelares

¹³⁷ *Vid. supra.* núm. 117.

¹³⁸ Debiendo acreditar quien lo solicite, que, concurren razones de urgencia o que la audiencia previa puede comprometer el buen fin de la medida cautelar.

adoptadas *inaudita altera parte* pueda producirse fuera del RB I bis sobre la base de la legislación nacional. Lo que desde luego no deja de ser sorprendente; pues primero se limita o se intenta evitar su adopción para luego establecer la susodicha cláusula que invita a que finalmente, y efectivamente, se puedan reconocer y ejecutar medidas cautelares que en principio no podían ser ni reconocidas ni ejecutadas por no cumplir con los requisitos necesarios. No obstante, ello no debe extrapolarse al ámbito de las medidas cautelares adoptadas conforme al criterio de eficacia territorial de las del art. 35 RB I bis, sino únicamente a las medidas cautelares *inaudita altera parte*¹³⁹.

En definitiva, conforme a la remisión contenida en el Considerando 33 al Derecho nacional de los Estados miembros conviene indagar qué prevé la LEC, si es que lo ha regulado. Pues bien, efectivamente existe regulación al respecto a tenor del art. 722 LEC relativo a las “*Medidas cautelares en... litigios extranjeros*”. Por lo contenido en dicho artículo la resolución de medidas cautelares adoptadas *inaudita altera parte* que no pudiesen ser reconocidas en España por no cumplir con los requisitos exigidos por el RB I bis¹⁴⁰ sí que podría ser reconocida a través del art. 722 LEC que dispone que de existir una remisión legal prevista en una norma comunitaria a la legislación nacional española, se podrá solicitar dicha medida en España. Pues bien, precisamente esto es lo que recoge el Considerando 33. Y en definitiva, en el caso del ejemplo dado¹⁴¹, las susodichas medidas se reconocerían en España, pues tal y como ya hemos establecido, el ordenamiento jurídico español es más laxo que la regulación europea y permite la excepción de adopción *inaudita altera parte* siempre y cuando se comunique al demandado justo después de su ejecución¹⁴².

¹³⁹ N. Nicosi op. cit., pp. 136.

¹⁴⁰ Por ejemplo, no haber notificado la resolución de medidas cautelares *inaudita altera parte* al demandado antes de la ejecución.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Vid.* art. 733 LEC.

V. Consideraciones finales

Primera.- Las medidas provisionales o cautelares se constituyen como un mecanismo eficaz a la hora de asegurar un resultado futuro. Por ende, es necesario un esfuerzo del legislador europeo para que de una vez y por todas entre a regular la cuestión con la seriedad que le merece. Habida cuenta que hasta el momento y ya desde el Convenio de Bruselas de 1968, pasando por el primer RB I, sin obviar desde luego el Convenio de Lugano, y ahora con el RB I bis, no parece haber suscitado su interés debido a la escasa regulación al respecto.

Ahora bien, no nos malinterpreten. No proponemos una armonización del Derecho procesal interno sobre las medidas cautelares. Somos muy conscientes de la dificultosa tarea que ello supondría, habida cuenta de las diferencias y variedad de tradiciones jurídicas que conforman las organizaciones judiciales de cada Estado miembro. Únicamente exigimos al legislador una mayor regulación material, que se contenga en el RB I bis, de algunos aspectos de la tutela cautelar internacional que aún hoy en día continúan sin estar resueltos. Por ejemplo, el criterio de conexión real, las medidas de tipo conservador y las medidas de ejecución provisional o, la definición de medidas cautelares.

Segunda.- Así pues, es necesaria una definición expresa del concepto de medidas provisionales o cautelares y una clarificación de la vinculación territorial requerida. Tanto de las que podrán ser adoptadas por un Juez con competencia sobre el fondo como las que podrán ser adoptadas conforme al art. 35 RB I bis. Para que de esta manera se aproxime el concepto al objetivo de la Unión Europea de conseguir un espacio de libertad, seguridad y justicia. Sin obviar, desde luego que, es necesaria una definición que, según la jurisprudencia reiterada, deba interpretarse de manera autónoma, refiriéndose al sistema y objetivos del RB I bis y a los principios generales de los sistemas jurídicos nacionales que conforman la Unión Europea.

Tercera.- En la misma línea, las condiciones, efectos y razón de ser distintas hace necesaria una distinción adecuada, entre las medidas de efecto conservador y las medidas de ejecución provisional, que no se ha producido.

Cuarta.- En cuanto a la competencia judicial internacional. Respecto de la eficacia de las medidas cautelares adoptadas por un Juez competente para conocer el fondo del asunto, es decir, el Juez del *foro principal*, no ha habido cambios sustanciales más allá de que ahora se prevea expresamente dicha posibilidad en el RB I bis. Circunstancia que desde luego es digna de agradecimiento ya que, durante años el TJUE había venido jurisprudencialmente aceptando y estableciendo de forma pacífica dicha posibilidad en los asuntos Denilauer, Van Uden.

No obstante, y en la misma línea, el TJUE en dichas sentencias en ningún momento establece que las medidas cautelares adoptadas sobre la base del art. 35 del RB I bis – *foro especial*– deban circunscribirse al ámbito territorial del Juez que ha dictado la resolución. Aspecto que sin embargo ha sido introducido en el actual RB I bis.

Quinta.- En cuanto al reconocimiento y ejecución. Según la nueva regulación contenida en el RB I bis únicamente serán reconocidas como “resoluciones” y por ende, podrán ser reconocidas y ejecutadas en otro Estado miembro, las medidas cautelares adoptadas por un Juez con competencia sobre el fondo. Debiendo por consecuente, circunscribirse a su ámbito territorial las adoptadas por un Juez carente de competencia sobre el fondo y no pudiendo ser reconocidas en otro Estado miembro.

Sexta.- En definitiva, de lo esgrimido en las consideraciones cuarta y quinta procede manifestar que, tal y como se ha sostenido y mostrado a lo largo del trabajo, el cambio llevado a cabo a través de la reforma mediante el cual se prohíbe la circulación extraterritorial de medidas cautelares adoptadas por un Juez no competente sobre el fondo, eliminado tanto el reconocimiento como la ejecución, es innecesaria. Se trata de un cambio que no contribuye al respeto de los principios de libertad, seguridad y justicia que pretende instaurar la Unión Europea.

Séptima.- En el mismo sentido señalado en las consideraciones segunda y tercera. La no clarificación expresa del criterio de conexión real, más allá de lo establecido jurisprudencialmente en Denilauer y Van Uden, que establezca bajo qué condiciones los Tribunales de los Estados miembros pueden adoptar medidas cautelares al amparo del

art. 35 RB I bis causa inseguridad jurídica ya que, la expresión de “conexión real” tal y como hemos visto puede ser interpretada hasta de tres maneras distintas. Por ello es necesario clarificar las condiciones de una vinculación sustancial y genuina entre el objeto y la medida perseguida¹⁴³.

Octava.- El amplio margen de apreciación que deja el legislador europeo a la *lex fori* de los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros para la adopción de medidas cautelares, art. 35. Da lugar a una más que probable no correspondencia o similitud entre las diferentes tipologías y clases de medidas cautelares que pudiesen ser dictaminadas en un Estado miembro cuyo reconocimiento y ejecución se solicitase en otro Estado miembro. Nos parece del todo aceptable la incorporación, ya en el RB I y su mantenimiento en el RB I bis, de lo que había venido siendo manifestando la jurisprudencia como el “criterio de equivalencia funcional”.

Novena.- En relación con el reconocimiento y ejecución de medidas cautelares *inaudita altera parte* cabe mencionar que el rigor en la exigencia de la observancia de los derechos de defensa del demandado no es un capricho, sino la contrapartida de la libre circulación de decisiones de la Unión Europea. El Considerando 33 dispone que si la resolución no pudiese ser ni reconocida ni ejecutada por no cumplir con los requisitos necesarios, ello no obstará a que si el Derecho nacional de un Estado miembro lo permitiese, efectivamente se proceda a su reconocimiento y ejecución fuera del RB I bis. Circunstancia que perfectamente encajaría en el ordenamiento jurídico español tal y como hemos demostrado. No obstante lo dicho, conviene ser cauto. Lo apuntado simplemente responde a lo que la teoría nos señala. Ahora bien, tocará estar alerta a posteriores sentencias tanto de Tribunales nacionales como del TJUE que entren a resolver la susodicha cuestión controvertida para que, como en tantas ocasiones mediante su interpretación nos alumbré el camino trazado por el legislador europeo con mayor o menor fortuna.

¹⁴³ En el mismo sentido *vid.* C. Honorati, *op. cit.*, pp. 227.

VI. Bibliografía

- Bascompte Escaler Ramón. *Medidas cautelares y ejecución*, edit. Atelier, Barcelona, 2012.
- Crespo Folguera, Jaime, Martínez Corral, Borja, ‘*Las normas de defensa de la competencia: Medidas Cautelares en su aplicación judicial directa*’, El Derecho de la competencia y los jueces, 2007: 1-15. Edición en PDF (Uría Menéndez Abogados).
- Dickinson, Andrew, ‘*Provisional measures in The Brussels I*’ Review: *Disturbing the Status Quo?*, Journal of Private International Law, 2010: 519-564.
- Daudí Pérez Vicente. *Las medidas cautelares en el proceso civil*, edit. Atelier, Barcelona, 2012.
- Garcimartín Alférez, Francisco J, *Derecho Internacional Privado*, edit. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- Garcimartín Alférez, Francisco J, *El régimen de las medidas cautelares en el comercio internacional*, McGraw-Hill, Madrid, 1996.
- Llobregat Garberí, José (Director), Torres Fernández de Sevilla, José María, Casero Linares, Luis. *Las Medidas Cautelares en la Ley de Enjuiciamiento Civil, Doctrina, Jurisprudencia y Formularios*, edit. Aranzadi Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- Merlin, Elena, ‘*Le misure provvisorie e cautelari nello spazio giudiziario*’, Rivista di diritto processuale (2002): 759-804.

- Nicosi, Nicolo, “I provvedimenti provvisori e cautelari nel nuovo regolamento bruxelles I-Bis”, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 7, Nº 1 (2015): 112-127.
- Pertegas Sander, M, “Art. 31”. En *Brussels I Regulation –European Commentaries on Private International Law*, edit. U. Magnus. Peter Mankowski *Múnich (2011): 609-620.*
- Ramos Méndez, F., *Enjuiciamiento Civil, Cómo gestionar los litigios civiles*, Tomo 1, edit. Atelier, Barcelona, 2008.
- Ramos Méndez, F., “Las medidas cautelares en el proceso civil español”, publicaciones Revista Ramos & Arroyo abogados, Barcelona: 1-15. Edición en PDF.
- Querzola, Lea, “Tutela cautelare e convenzione di Bruxelles nell’esperienza della Corte di giustizia delle Comunità europee”, *Rivista Trimistale di Diritto Processuare Civile (2000): 834-886.*

