

Parejas, dudas y cintas de vídeo. La nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de familia

Joaquín BAYO DELGADO

PRINCIPIOS GENERALES

Ante la entrada, el próximo 8 de enero de 2000, de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil es oportuno hacer un repaso crítico de los procesos que regula. Concretamente, dentro del libro IV, donde están regulados los procesos especiales, los que podemos denominar de familia. El juicio global de la regulación que hace la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil ha de ser necesariamente positivo, aunque sólo sea por algunas de las novedades que incorpora, largamente solicitadas por los especialistas en la materia. Sin embargo, no todo es positivo en la nueva regulación; podemos detectar errores, unos involuntarios y otros plenamente voluntarios, e incoherencias fruto de la tramitación parlamentaria hecha a veces sin gran interés por completar todas las consecuencias que la introducción de un elemento provoca en el conjunto.

El primer logro positivo de la nueva ley es su propósito, en parte logrado, de sistematización y refundición de materias hasta ahora dispersas. La ley pretende y en buena parte consigue hacer una compilación de todos los principios reales de carácter procesal que deben aplicarse a los procedimientos de familia. Hasta ahora, muchos de ellos debían deducirse de la naturaleza de las materias objeto del procedimiento. Ahora esos principios los vemos corroborados en el capítulo primero del título I del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El artículo 748 de la nueva ley, con el que se inicia el último libro, enumera los procesos especiales a los que se aplica el procedimiento que podemos llamar juicio verbal especial. En primer lugar incluye los procesos sobre capacidad y prodigalidad, en segundo lugar los de filiación y en tercer lugar los procesos matrimoniales y asimilados. Debe señalarse como primer elemento positivo que los procesos sobre nulidad matrimonial se unifican, acabando así con la distinción que hacía la normativa derogada sobre distintos supuestos de nulidad. También es positivo que se mencione específicamente la modificación de medidas matrimoniales, puesto que se acaba así con con toda posible interpretación de que la modificación es un proceso incidental y no, como en realidad es, un proceso principal, y además esa mención remarca la idea, ignorada en la Ley 30/1981, de que el núcleo de la conflictividad de los procesos de familia está precisamente en las medidas y no en la acción de estado y civil.

El punto cuarto del artículo 748 constituye un error absolutamente voluntario del legislador. A pesar de las propuestas de modificación, ha mantenido voluntariamente al margen de este nuevo proceso los conflictos que tienen su origen en las leyes aprobadas en tres comunidades autónomas, a sa-

ber, Cataluña, Aragón y Navarra, que han legislado sobre la unión estable de pareja, las uniones estables no casadas y la igualdad jurídica de las parejas estables, respectivamente, adoptando así una postura beligerante contra esas realidades y la competencia legislativa que sobre ellas han ejercitado los parlamentos autonómicos. El legislador procesal olvida, o mejor quiere olvidar, que las leyes autonómicas forman parte plena de la legalidad española y que como tal necesitan el cauce procesal para ser llevadas ante los tribunales. La inclusión del adverbio "exclusivamente" limita el nuevo proceso verbal especial a las disputas sobre guarda y custodia y alimentos de los hijos menores y mayores incapacitados bajo la potestad parental prorrogada. Eso significa que en caso de ruptura, las parejas no casadas deben acudir a procesos separados o bien plantear uno solo por el cauce del juicio ordinario. Pero el artículo 73.1.2 puede representar un problema si se consideran de diferente tipo los declarativos ordinario y verbal, por una parte, y el verbal especial, por otra. Además, puede plantearse la duda de si son aplicables los principios contenidos en las disposiciones generales de los procesos especiales en un juicio ordinario en las materias relativas a los hijos menores. La contestación parece que ha de ser afirmativa pero las dudas no acaban ahí, puesto que difícilmente serán aplicables otras previsiones como las medidas cautelares del artículo 770.6, la ejecutividad inmediata de las medidas del artículo 774.5 y otros.

Pero la voluntad excluyente del legislador no acaba sus efectos en lo dicho. Los pleitos sobre privación de la potestad parental o de su ejercicio o sobre distribución de ese ejercicio no se podrán tramitar por el juicio verbal especial y, por tanto, deberán ser tramitados por el ordinario, con iguales dudas de aplicación de los principios generales procesales inspirados en la función tuitiva del juez. No cabe otra solución que forzar la interpretación de los términos "guarda y custodia" e incluir en ellos todo lo relativo a la potestad parental, puesto que la guarda y custodia es una de las funciones de esa potestad. El artículo 39 de la Constitución impone la no discriminación de los hijos por razón de su condición de matrimoniales o extramatrimoniales. Si no se hace la interpretación propuesta los segundos continúan siendo discriminados, puesto que los temas de patria potestad pueden ser abordados en los procesos matrimoniales a tenor de los artículos 92 del Código Civil y 76.1 y 136 del Código de Familia de Cataluña.

Por si la inseguridad jurídica creada por la postura ideológica del legislador no fuera suficiente, hay que añadir el olvido en la disposición derogatoria de la disposición transitoria 10ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de modificación del Código Civil en mate-

ria de filiación, potestad parental y régimen económico del matrimonio, que remite al procedimiento de jurisdicción voluntaria para las controversias sobre la patria potestad y condiciona su propia vigencia a la modificación de la Ley de Enjuiciamiento Civil. La duda surge por cuanto el libro III de la antigua ley, con algunas excepciones, continúa vigente. Parece que esa disposición transitoria debe ser considerada como derogada, pero el legislador debería haber pensado en ella.

Ni que decir tiene que las parejas de hecho, es decir las que no reúnen las condiciones establecidas en las legislaciones autonómicas, tampoco tienen un cauce específico para sus controversias llegado el momento de la ruptura.

Significativamente, y en abierto contraste, el procedimiento para reconocimiento de la eficacia civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas en materia matrimonial es aplicable siempre, con hijos o sin ellos, sea el planteamiento contencioso o consensual, con solicitud de medidas o sin ellas.

Los dos últimos puntos del artículo 748 merecen una valoración muy positiva. Afortunadamente se deja la idea de la jurisdicción voluntaria para dar cauce procesal a lo que en realidad encierra contienda, a veces muy enconada, distinguiendo la jurisdicción voluntaria y los principios de actividad procesal de oficio y tuición, que también pueden ser aplicados en los procesos contenciosos como demuestra la nueva regulación. A partir de ahora la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores se regirá por las mismas previsiones procesales que el resto de procesos de familia contenciosos. Se recoge así por vía legislativa la postura expresada por el Congreso de JpD en Zaragoza, en 1995. La determinación de la necesidad de asentimiento en la adopción ya se regía por el verbal desde la Ley Orgánica 1/1996.

La intervención del Ministerio Fiscal en todos los procesos de nulidad, según claramente establece en el artículo 749, viene a subsanar el olvido de la disposición adicional octava de la Ley 30/1980, pero ese artículo, al hacer intervenir al Ministerio Fiscal cuando alguno de los interesados en el procedimiento sea menor deja la duda sobre qué debe entenderse por "menor". Parece que el menor emancipado no debe incluirse en ese concepto, ya que la ley lo equipara al mayor de edad salvo para los supuestos que específicamente prevé en el artículo 323.1 del Código Civil y equivalentes autonómicos.

La posibilidad de una sola defensa y representación en los procesos de mutuo acuerdo se mantiene en el artículo 750.2, pero la práctica demuestra que esa unidad de defensa no responde a los hechos. Antes de llegar al juzgado la pareja ha debido negociar los términos de su ruptura y en esa negociación la sola presencia de un abogado puede plantear problemas. Con todo es positivo que la nueva ley haya incorporado dos excepciones a esa defensa única, una optativa para las partes y otra obligatoria. La primera será precisamente cuando el convenio debe renegociarse, si el juez no lo aprueba o no aprueba alguno de sus pactos. La segunda excepción, ya actualmente en la práctica, se da cuan-

do debe ejecutarse judicialmente el convenio ante el incumplimiento de una de las partes; es obvio que el surgimiento de intereses claramente contrapuestos impone una defensa y representación distintas para cada parte.

La tardía, y como hemos visto limitada, inclusión de los menores extramatrimoniales en los procesos especiales diseñados por el legislador ha provocado desajustes y faltas de coordinación. La primera de ellas la encontramos en el punto segundo del artículo 750, puesto que sólo se menciona la separación y el divorcio, cuando, como veremos, el procedimiento consensual también es aplicable a los procesos sobre guarda y custodia de hijos menores y sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores. También es aplicable al reconocimiento de la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas, que igualmente ha olvidado el legislador en ese artículo.

En el haber de la nueva ley hay que incluir la idea de que en los procesos de familia se discuten materias de diversa índole, a las que deben aplicarse principios distintos y a veces contrarios. Esa idea aparece claramente expresada en el artículo 751, que regula la indisponibilidad del objeto del proceso. Efectivamente en aquellas materias económicas y patrimoniales en las que sólo están interesadas personas mayores de edad plenamente capaces deben regir los principios ordinarios sobre renuncia, allanamiento y transacción. Por contra, en las materias donde están en juego los intereses de menores o incapaces no será posible la renuncia, el allanamiento o la transacción, por lo menos desde una perspectiva estrictamente procesal, pues hay que recordar que precisamente en estos procesos el legislador, con buen criterio, prevé el cauce consensual. El desistimiento plantea más problemas y dudas en la forma en que viene regulado en la nueva ley. Se distingue entre la necesidad de conformidad del Ministerio Fiscal o la exclusión de esa necesidad. Los casos excluidos son enumerados en el artículo 751, pero el legislador olvida algunos supuestos obvios. La modificación de medidas de nulidad, separación o divorcio, si no hay menores ni incapacitados, no debe necesitar la conformidad del Ministerio Fiscal, entre otras cosas porque no interviene, aunque la ley no cite el supuesto; por otra parte nos encontramos con una situación paradójica: la modificación de medidas matrimoniales, si hay hijos menores o incapaces, y los procesos sobre guarda y custodia y alimentos de hijos necesitan la conformidad del Ministerio Fiscal, pero si esas medidas se solicitan en un proceso de separación o de divorcio, o en uno de nulidad donde no sea necesaria la conformidad del Ministerio Fiscal, el desistimiento de esa acción de estado civil acarrea el desistimiento de la solicitud de medidas. También se ha olvidado el legislador de que es necesaria la conformidad del Ministerio Fiscal, si queremos ser coherentes, en los procesos de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores y sobre la necesidad de la sentimiento en la adopción. Por último, aunque el legislador tampoco lo diga, la regulación del desistimiento también es

aplicable a los procesos consensuales en los respectivos casos, aunque es difícil imaginar la prosecución de un procedimiento consensual sin consenso. Íntimamente relacionado con todo lo anterior está la posibilidad de que el juez adopte de oficio decisiones que no han sido solicitadas por las partes, incluido el Ministerio Fiscal. A ella parece referirse el artículo 774.4, aunque de forma imprecisa y tal posibilidad solo puede referirse a las medidas que afecten al interés de los menores o asimilados.

En materia de prueba se vuelve a la idea de la distinta naturaleza de las materias de estos procesos. En las materias donde no rige el principio dispositivo se consagra la exclusión de la *perpetuatio iurisdictionis*. La realidad cambiante extraprocesal puede llevarse al proceso hasta tanto no haya recaído sentencia firme, es decir la apelación no será una mera revisión del proceso en primera instancia sino que deberá adaptarse a la realidad inmediata anterior a la segunda sentencia. Sin embargo, el legislador debería haber incorporado en el artículo 752 la previsión de un trámite de audiencia e incluso de contra-prueba puesto que se llevan al pleito hechos nuevos acaecidos con posterioridad a los trámites normales de alegaciones y prueba.

Resulta difícil entender los motivos de la regulación contenida en el artículo 754. No parece posible que exista un pleito sobre las materias que nos ocupan que no coincida con uno de los supuestos del artículo 138.2. Dicho de otro modo, la privacidad es siempre lo procedente tanto en lo que afecta a las comparecencias y vistas como al acceso a los autos y exclusión de la publicidad de la resolución de las resoluciones. No se alcanza a comprender por qué no se ha establecido ese principio general y se prevé que en cada caso haya que declarar los actos y las vistas a puerta cerrada y las actuaciones reservadas. Esa declaración debe hacerse por providencia y no por auto, como en los procesos no especiales, pero a falta de exclusión será también necesaria la previa audiencia de las partes personadas. Demasiados trámites para algo tan obvio y general.

Y llegamos a las cintas de vídeo. El artículo 147 es plenamente aplicable a los procesos especiales de familia. Nada hay que objetar al respecto. Pero esa privacidad y reserva también afecta a las cintas de vídeo o los CD-ROM o a cualesquiera otros medios técnicos de grabación de la imagen y sonido. La entrega de copias deberá estar siempre condicionada a esa reserva y hubiese sido bueno que el artículo 754 hiciera esa prevención. Hay otro aspecto que también debería incluir y no lo ha hecho. Nos referimos a las peculiaridades de la audiencia de los mayores de 12 años. A nuestro modo de ver es positivo que esa audiencia esté prevista tanto para procedimiento contencioso (art. 770.4) como en el consensual (art. 777.5), pero su práctica debe excluirse del ámbito de aplicación del artículo 147, pues, aunque sea una prueba más, su reflejo en las actuaciones debe pasar por el tamiz del buen criterio y prudencia del juez, ante las circunstancias de cada caso concreto.

El último de los artículos dedicados a las disposiciones generales es el 755. La nueva ley se limita a

distinguir entre la comunicación de oficio a los registros civiles y la comunicación a instancia de parte al resto de registros públicos. Podría haber aprovechado para ser más precisa. De esa manera queda sin resolver la constancia en el Registro Civil de las medidas que afectan a la guarda y custodia de los menores. El artículo 263 del Reglamento del Registro Civil prevé la constancia "del cuidado de los hijos" pero las Instrucciones de la DGRN de 7 de noviembre de 1983 excluyen esa constancia por evidentes razones logísticas. Por otra parte, el artículo 266 del antes citado reglamento prevé con carácter potestativo las indicaciones sobre régimen económico matrimonial, en tanto que el artículo 1333 del Código Civil hace obligatoria, de oficio, la comunicación de las variaciones; la nueva ley debería interpretarse como confirmatoria de esa obligación, en aras a una mayor seguridad jurídica.

Dentro las cuestiones generales, aunque no lo incluya el capítulo primero, conviene tratar del examen de oficio de la competencia territorial. Cada capítulo, salvo el tercero, dedica un primer artículo a la competencia territorial, pero sólo el artículo 769 incluye la expresión clara y terminante de que el tribunal examine de oficio su competencia territorial y serán nulos los acuerdos de las partes que se opongan a los criterios fijados en ese mismo precepto. Esta norma debe ser calificada de positiva, puesto que es más clara que la contenida en la disposición adicional tercera de la ley 30/1981 y queda claro que no caben ni la sumisión expresa ni la tácita. Sin embargo, la omisión de ese examen de oficio en otros capítulos puede generar alguna duda si se interpreta que la inclusión de un supuesto excluye los demás. No es problema en los procesos sobre necesidad de asentimiento para la adopción ni en la liquidación del régimen económico matrimonial, regulada en los artículos 806 y siguientes, puesto que la ley fija la competencia funcional del juez de la adopción, en el primer caso, y del juez del proceso en virtud del cual se ha producido la resolución de la disolución del régimen, en el segundo caso. Pero el legislador olvida los procesos de oposición a las resoluciones administrativas de protección de menores, donde no es imaginable la sumisión expresa pero es posible la sumisión tácita si la administración demandada no plantea la correspondiente declinatoria de jurisdicción o, en su defecto, el misterio fiscal. Tampoco se expresa el examen de oficio de la competencia para las medidas previas reguladas en el artículo 771, que corresponden al juez del domicilio del demandante, pero debe entenderse que el artículo 769.4 también es aplicable a ese supuesto. En el caso de los procesos sobre la capacidad de las personas, el artículo 756 omite toda referencia a esa comprobación competencial, pero debe entenderse que también les es aplicable el principio. La solución no es tan clara para los procesos sobre filiación, que, de entrada, siquiera tienen una norma de competencia territorial específica y se rigen por el artículo 50. Ante la ausencia de examen de oficio, recogido de manera expresa, parece que deben aplicarse las normas generales sobre competencia territorial.

Hubiera sido bueno que en lugar de dedicarse el punto 1 del artículo 764 a establecer la obviedad de que es posible la determinación legal de la filiación y su impugnación por vía judicial, se hubiese establecido el criterio de competencia territorial obligatoria, como el domicilio del demandado.

PROCESO CONTENCIOSO TIPO

La nueva ley regula el proceso contencioso tipo en sucesivas fases de especialización. Parte del proceso verbal de los artículos 437 y siguientes (por cierto, sin mencionar en el artículo 250 los procesos especiales), que a su vez regula en parte por remisión al juicio ordinario, e introduce en el artículo 753 unas primeras especialidades. Al estar ubicado entre las disposiciones generales, esas especialidades son de aplicación a todos los procesos enumerados en el artículo 748, salvo exclusión específica en algunos supuestos (medidas provisionales, proceso consensual, eficacia civil de resoluciones eclesiásticas sin petición medidas). Esas variaciones respecto al verbal normal son la forma de la demanda y de la contestación, la integración de oficio del litisconsorcio y el plazo para contestar. En la primera peculiaridad aparece falta de rigor; efectivamente, se dice que la contestación a la demanda se formulará conforme al artículo 405, es decir según la forma de demanda que regula el artículo 399. Pero nada se dice de la forma de la propia demanda inicial. El artículo 437 describe la demanda del juicio verbal como "demanda sucinta", de manera que una interpretación literal haría que el verbal especial de familia tuviera la demanda sucinta y la contestación del proceso ordinario. El principio de igualdad de partes impone rectificar esa conclusión para que el demandado pueda tener el mismo detalle y rigor en la demanda que debe contestar que el detalle y rigor con que debe redactar su contestación. La subrogación de oficio de litisconsorcio pasivo es coherente con las facultades del juez en relación con las materias de estos procesos, pero a este respecto hemos de volver a criticar el número 4 del artículo 748, por su redacción, pues en lo que atañe a alimentos no deja margen a ningún litisconsorcio. Efectivamente el verbal especial sólo es aplicable a la reclamación de alimentos de un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores. Demandante y demandado quedan así fijados de manera exclusiva y excluyente. Tanto es así que una reclamación de la madre dirigida contra el padre y subsidiariamente contra los abuelos paternos debe tramitarse por el procedimiento verbal normal (art. 250.1.8^a), igual que cualquier otra reclamación de alimentos. De hecho, es difícil de entender por qué unos alimentos van por un proceso especial y otros no.

La tercera especialidad es el plazo de veinte días, coincidente con el del juicio ordinario.

Llegamos así al juicio verbal especialísimo matrimonial y de menores. El primer artículo, el 769, se refiere a la competencia territorial, por una parte, de los procesos matrimoniales y, de otra, de los procesos sobre guarda y custodia o sobre alimentos de

menores. Y aquí nos aparece uno de los errores que la tramitación parlamentaria precipitada ha dejado en el texto y que no ha sido corregida en la rectificación de errores posterior, pues sin duda se cometió en la aprobación y no en la transcripción en el BOE. El primer párrafo del primer punto del artículo 769 se refiere a los procesos distintos al consensual regulado en el artículo 777, al que dedica el segundo punto. Pese a ello, al atribuir la posibilidad de elección de foro en los procesos contenciosos se atribuye también a los cónyuges de la separación o divorcio de mutuo acuerdo, sin duda porque se copia sin más la antigua norma. Pero no acaba ahí la redacción poco clara. Parece que debe interpretarse que, en defecto de residencia fija del demandado, los foros que se fijan son alternativos con el del último domicilio del matrimonio, por el que siempre puede optarse. Pero surge una tercera duda: ¿cabe el foro del domicilio del actor si existe último domicilio del matrimonio? Por otra parte, la norma así formulada supone que los procesos de separación, divorcio y modificación medidas, e incluso de reconocimiento de eficacia civil de la resolución eclesiástica, referidos a un mismo matrimonio, pueden ir a juzgados diferentes no sólo por los foros electivos sino también porque los puntos de conexión pueden variar de un momento a otro. Quizá hubiera sido bueno garantizar que toda la problemática matrimonial fuera decidida por un mismo órgano judicial. Esto sólo será posible, en un mismo partido judicial, por normas de reparto. En cualquier caso hay que recordar que el llamado Convenio de Bruselas II, ahora Reglamento número 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, como norma de derecho comunitario se impone a la legalidad nacional y en su artículo 6 atribuye al órgano jurisdiccional del estado miembro que haya dictado la resolución sobre separación la competencia para el divorcio si la ley del estado prevé esas dos fases de ruptura, que es el caso español, de manera que queda sin efecto la competencia territorial en los supuestos de aplicación del reglamento comunitario, es decir cuando hay elementos internacionales intracomunitarios.

La regulación de la competencia territorial para los procesos sobre guarda y custodia o sobre alimentos de menores se inspira en la competencia para los procesos matrimoniales, pero es menos detallada, ya que no prevé el supuesto de ausencia de domicilio del demandado. La alternativa de la residencia del menor normalmente coincidirá con la de la parte demandada en los supuestos de guarda y custodia, pero no en los alimentos, pues en ellos será normalmente el mismo que el de la parte actora.

El artículo 770 acaba de perfilar el proceso verbal especialísimo matrimonial, que también es aplicable a los procesos sobre guarda y custodia y alimentos de hijos comunes. Sólo la regla sexta se refiere a estos últimos y ello obliga a hacer una lectura correctiva de las demás reglas. Estamos ante una muestra palpable de la introducción tardía de esa asimilación y además mal redactada, pues esa regla sexta, literalmente, dice que las medidas cautelares se adoptarán por los trámites de la medidas

“previas, simultáneas o definitivas”. Obviamente esto es un absurdo y se quiso decir que las medidas cautelares y las previas se registrarán, *respectivamente*, por los trámites de las medidas previas/simultáneas o definitivas de los procesos matrimoniales. Tal es el sentido del número 4º del artículo 748, del nombre del capítulo IV (“De los procesos matrimoniales y de menores”) y de la existencia de una regulación específica de la competencia territorial en el artículo 769.3.

El primer ejemplo de necesidad lectura adaptativa lo tenemos en la regla primera del artículo 770. El inciso “en su caso”, referido a la aportación de certificaciones sólo tiene sentido en relación con el nacimiento de los hijos en los procesos matrimoniales, pero justamente debe referirse al matrimonio si estamos en procesos sobre guarda y custodia o alimentos reclamados por un progenitor contra el otro, pues en estos casos lo normal será que no exista matrimonio entre los progenitores. Se echa en falta también que la certificación del matrimonio o del nacimiento de los hijos no sea “literal”. No es infrecuente que al ir a inscribir una sentencia firme de separación o de divorcio dictada en rebeldía del demandado conste ya en el Registro Civil la separación o el divorcio declarados por sentencia a instancia de esa parte rebelde, de manera que se da el caso de dos sentencias igualmente firmes, la segunda de las cuales debe ser anulada por vulnerar la cosa juzgada.

La aportación inicial obligatoria de documentos acreditativos de la situación económica de las partes (la ley habla incorrectamente “de cónyuges”) cuando se solicitan medidas de carácter patrimonial debe ser aplaudida en su intención pero criticada en su formulación. En primer lugar el concepto de “medidas de carácter patrimonial” es utilizado de manera poco precisa en los distintos artículos de la ley, como veremos a propósito de la ejecución inmediata de las medidas definitivas, y aquí el legislador debió utilizar el concepto más amplio de medidas económicas sujetas a rogación. Recuérdese que en ese ámbito rigen los principios procesales normales y las partes han de probar los hechos en que basan sus peticiones y probarlos en los momentos preclusivos adecuados. Pero hay que reconocer que el carácter mixto de los temas que se dilucida en los procesos de familia dificulta aplicar en la práctica con rigor unos principios a unas materias y otros a otras. Imaginemos que la situación económica que sirve de base para la fijación de la pensión alimenticia para los hijos ha sido acreditada por la actividad de oficio del juez; es difícil imaginar que a la hora de fijar una pensión compensatoria solicitada, el juez parta de otra realidad económica acreditada sólo mediante las pruebas aportadas y practicadas a iniciativa de las partes.

En comparación con la regulación anterior la nueva LEC mejora la regulación de la reconvencción, en el sentido de ser consciente de la existencia de medidas que el juez no puede acordar de oficio. Queda claro que si el demandado pretende una de esas medidas existe reconvencción. Pero debe recordarse que la reconvencción sólo puede ser explícita, arti-

culada al tiempo de contestar la demanda, como claramente expresa el párrafo segundo de la regla segunda del artículo 770. Ello nos plantea una doble duda, a saber, qué tratamiento debe darse a la reconvencción implícita con fondo verdaderamente reconvenccional y a la reconvencción explícita con fondo no reconvenccional, porque el juez de oficio podría hacer tal pronunciamiento. Dicho de otra manera, si el demandado no reconviene explícitamente pero pide, por ejemplo, una pensión compensatoria, deberá ignorarse esa pretensión. Por contra, si reconviene solicitando una pensión alimenticia para los hijos menores o una mayor pensión alimenticia que la ofrecida por la parte actora, habrá que tratar la reconvencción como si realmente fuera tal. El demandado provocará así, con su mala técnica, un trámite de contestación que el demandante no hubiera tenido, pero en definitiva ocurrirá lo mismo que con las peticiones del demandante sobre medidas no sujetas a rogación, que no obstante ello debe incluir en su demanda y son contestadas por el demandando.

También en materia de concurrencia obligatoria de las partes, la redacción de la ley es poco precisa al referirse a peticiones de carácter patrimonial y no a peticiones económicas sujetas al principio de rogación. Lo mismo hay que decir sobre la presencia obligatoria de los abogados respectivos. En este último aspecto hay que acudir al artículo 414.4 y concordantes. La ausencia del abogado del demandante, salvo interés legítimo del demandado, comportará el sobreseimiento y la ausencia del abogado del demandado equivale a la rebeldía. Pero de nuevo el carácter híbrido de estos procesos complica las soluciones. La ausencia del abogado demandante, si estamos en un proceso con acción de estado civil (en sentido amplio), es decir, separación, divorcio o nulidad matrimonial, supone en la práctica el desistimiento y plantea la posibilidad dudosa de proseguir, salvo que el demandado haya ejercitado formalmente la reconvencción ejercitando también la acción de estado civil. Si estamos en un proceso de modificación de medidas o custodia de menores, alimentos, etcétera, surge la duda sobre la posibilidad de que el juez estime necesario proseguir hasta sentencia para fijar las medidas imprescindibles en interés de los menores.

La regla cuarta del artículo 770 merece la más dura crítica. Se da la paradoja de que el único procedimiento medianamente concentrado que se esbozaba en el proyecto ha perdido ese carácter si lo comparamos con el proceso verbal normal. Efectivamente el plazo de treinta días para la práctica de la prueba rompe con la concentración del juicio y nos devuelve a la práctica actual de pruebas dispersas en el tiempo. Ante esta situación debe señalarse que el plazo es sólo para practicar las pruebas y que no es posible que las partes lo usen también para proponer. A esos efectos el Ministerio Fiscal es una parte más. Pero no podrá evitarse que el juez, de oficio, acuerde la práctica de pruebas no propuestas, siempre que afecten a los aspectos en los que están interesados los menores, y en consecuencia una mala práctica puede ser que las partes sugieran al juez esas pruebas. Que el plazo es sólo

de práctica lo demuestra no sólo la dicción literal sino también la ausencia de cualquier cautela en relación con la proposición en los dos últimos días, como la disposición adicional quinta de la ley 30/1981, que tantos problemas y dilaciones causa.

La reconversión del proceso contencioso en consensual es una característica de los procesos matrimoniales y ahora se extiende a los procesos sobre guarda y custodia de alimentos, lo cual es positivo, ya que hace innecesario acudir a vías procesales indirectas en estos últimos, como ocurría hasta ahora: ya no será necesario acudir a la ficción de un proceso de menor cuantía para conseguir la aprobación de un convenio entre los progenitores. Sin embargo, es criticable la exclusión de la nulidad, que no está prevista en el artículo 777. Podría haberse incluido perfectamente porque el acuerdo versa primordialmente sobre las medidas, pues, a pesar de que obviamente también lo hay sobre la acción de estado civil, el juez debe comprobar que se dan los supuestos legales para declarar procedente esa separación o divorcio; lo mismo podría aplicarse a la nulidad.

Hubiera sido bueno que el legislador, poco ducho en estas cuestiones, hubiera recogido una idea que la práctica aconseja, a saber, que la reconversión del procedimiento contencioso en consensual no se produce hasta la efectiva ratificación de las partes y, mientras tanto, el proceso contencioso queda en suspenso. Así se evita que en caso de falta de ratificación se deba empezar de nuevo.

Las medidas definitivas merecen un artículo específico, el 774, donde en parte se reiteran normas ya contenidas en otros. La insistencia en la posibilidad de acuerdos no es baladí, porque posibilita la eficacia no sólo de un acuerdo total sobre las medidas en los supuestos de nulidad, donde no cabe reconversión en proceso consensual, como acabamos de ver, sino también de un acuerdo parcial sobre las medidas en los demás casos, de manera que el ámbito de la contienda se reduce.

Con todo, se plantea la duda sobre el momento preclusivo para someter al juez los acuerdos. El primer punto del artículo 774 parece indicar que es la vista, pues en ella debe hacerse la proposición de prueba, pero parece más razonable hacer posible la propuesta hasta el momento mismo de quedar los autos para sentencia, como permite con criterio más amplio el artículo 770.5ª para la reconversión.

El condicionamiento de la práctica de la prueba a la ausencia de acuerdo es un error técnico más de la ley. El acuerdo total en los supuestos de nulidad o el acuerdo parcial en los demás supuestos no excluye la prueba, pues precisamente está prevista la proposición de prueba para justificar la procedencia de esas medidas acordadas. Y la posibilidad de acuerdo parcial también comporta la prueba sobre los extremos en los que no haya acuerdo.

Tanto al regular las medidas provisionales como las definitivas, la ley insiste en la ausencia de vinculación entre el acuerdo relativo a las primeras y la adopción de las segundas. Esa previsión es muy positiva, ya que puede potenciar los acuerdos tran-

sitorios provisionales, excluyendo el riesgo de aplicación del principio de prohibición de contradicción con los propios actos. En realidad no existe tal contradicción, porque una cosa son las medidas provisionales, donde puede transigirse más, y otra las definitivas, donde hay que hilar más fino, pero es bueno que la ley lo diga.

La redacción del artículo 774.4 es desafortunada tanto en lo que omite como en lo que copia del artículo 91 del Código Civil. La expresión "que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad" debió suprimirse por equívoca e innecesaria. Equívoca, porque ha dado lugar a la mala práctica de "elevar a definitivas" las medidas provisionales sin volverlas a especificar en la sentencia; afortunadamente esta práctica se ha ido perdiendo tras los primeros años de vigencia de la ley 30/1981, que dio la vigente redacción al citado artículo 91 del Código Civil. Innecesaria, porque la idea de derogación de las medidas provisionales está implícita en el punto siguiente del mismo artículo y explícita en el artículo 773.5. Contrariamente, la nueva ley suprime toda mención a la posibilidad de fijación de alguna medida en la ejecución de sentencia. Ciertamente no debe ser una práctica habitual pero en ciertos supuestos resulta útil esa posibilidad; por ejemplo, en los casos de rebeldía de la parte demandada, en los que puede quedar para la ejecución sentencia el establecimiento del régimen de relación de esa parte con los hijos o la fijación de su obligación alimenticia, pues normalmente no hay datos suficientes. Dejándolo para ejecución de sentencia se evita un nuevo proceso con un mero incidente. Pero no acaban aquí los defectos de redacción de este artículo 774.4, pues ni siquiera es coherente con otros artículos de la misma ley y, por supuesto, con las leyes sustantivas autonómicas. La sentencia no debe adoptar ninguna medida en relación con la disolución de régimen económico matrimonial; de hecho ni siquiera tiene que declarar esa disolución, pues se produce por imperativo legal, de acuerdo con el artículo 95.1 del Código Civil y equivalentes autonómicos. Las medidas relativas a la disolución y liquidación del régimen, tanto provisionales como definitivas, están previstas en los artículos 806 y siguientes de la nueva LEC. Y por contra el legislador ha olvidado que, en su caso, la sentencia deberá hacer pronunciamiento sobre la indemnización del artículo 98 del Código Civil y sobre la compensación del artículo 1438 del mismo texto legal. Y olvida también la procedencia de otros pronunciamientos de acuerdo con las leyes sustantivas autonómicas, como el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña (que paradójicamente podría incluirse en el concepto de disolución del régimen) y el artículo 43 de este mismo código.

Decíamos al principio que, a pesar de los errores y dudas, la nueva ley debía ser bienvenida porque algunas de sus previsiones representan por sí mismas avances muy positivos. El punto quinto del artículo 774 es uno de esos avances. La firmeza parcial de la sentencia, en lo que no es objeto de apelación, acabará con el dilema de aceptar una sentencia por la premura, a veces con fecha ya fijada, de

un nuevo matrimonio. La ejecutividad inmediata de las medidas, que no ejecución provisional, pese a la interposición de apelación, introduce la idea de ejecución de la última medida acordada, pues parte de la idea de que el juez, en cada fase ulterior, está mejor informado y en mejores condiciones de adaptar las medidas a la realidad cambiante. Pero, como siempre, la intención es mejor que la redacción y la coordinación con otros preceptos de la misma ley. Se hace necesario un esfuerzo de integración hermenéutica del artículo 774.5 con el artículo 525.1.1ª y con los artículos 806 y siguientes. De nuevo nos encontramos con el concepto de patrimonialidad, que aquí debemos tomar en un sentido estricto y distinto al concepto de "medidas económicas", pues de otra manera el artículo 525.1.1ª dejaría sin efecto práctico al artículo 774.5. Proponemos las siguientes conclusiones:

1. La acción principal sobre estado civil no puede ser objeto de ejecución provisional pero puede declararse la firmeza parcial de la sentencia en ese punto, si lo único discutido en apelación son las medidas.

2. Las medidas de carácter personal y económico, salvo las estrictamente patrimoniales, tienen aparejada ejecución inmediata según el artículo 774.5.

3. Las medidas patrimoniales de la sentencia matrimonial no son inmediatamente ejecutivas pero pueden ser ejecutadas provisionalmente según el sistema general, de acuerdo con el artículo 525.1.1ª *in fine*. En este supuesto hay que incluir las prestaciones no periódicas, es decir las indemnizaciones de los artículos 98 y 1438 del Código Civil y 41 del Código de Familia de Cataluña y la división de bienes comunes del artículo 43 de ese mismo código.

4. El resto de medidas patrimoniales se rige por los artículos 810 y 811 de la nueva ley. La liquidación requiere la previa firmeza de la sentencia matrimonial, o por lo menos de la declaración de separación, divorcio o nulidad, y la eventual sentencia que termina el procedimiento, sin eficacia de cosa juzgada (art. 787.5, segundo párrafo, por remisión del art. 810.5) tiene aparejada ejecución inmediata (art. 788) aunque quepa un proceso ordinario posterior.

No existe previsión especial sobre las consecuencias de una eventual revocación de las medidas ejecutadas. Hay que suplir esa omisión acudiendo a lo que ocurre en el supuesto equivalente de las decisiones provisionalmente ejecutadas, pero los artículos 533 y 534 no pueden sin más aplicarse a la realidad del devengo periódico de prestaciones económicas, de naturaleza alimenticia en muchos casos, pues se traicionarían los principios implícitos en la voluntad del legislador al disponer ejecución inmediata de las medidas económicas; básicamente hay que partir de la base de que los alimentos consumidos no son recuperables. Lo mismo hay que decir de los pronunciamientos no económicos, es decir, de las relaciones paternofiliales y uso del domicilio familiar.

MEDIDAS PROVISIONALES

El sistema de medidas provisionales que diseña la nueva ley presenta el aspecto positivo de equiparar las previas a las coetáneas y permitir su aplicación tanto a los procesos matrimoniales de separación, divorcio y nulidad como a los procesos sobre guarda y custodia y alimentos de hijos comunes, de modificación de medidas de todas esas sentencias y de reconocimiento de la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas en que se solicita la fijación de medidas o su modificación. Pero el aspecto negativo viene dado por lo complicado de la regulación y por la introducción de la posibilidad de medidas *inaudita parte*.

Como hemos visto, el artículo 771.1 prevé una competencia territorial específica para las medidas previas, en favor del juzgado del domicilio del demandante, de manera que en muchos casos ese juzgado no será competente para el pleito principal. Una primera duda surge sobre la competencia de las medidas previas en los supuestos de guarda y custodia o alimentos de menores, pues el artículo 769.3 (competencia territorial especial para guarda y custodia o alimentos) no prevé excepción alguna, como hace el artículo 769.1 en su inicio, que da encaje a la excepción de la competencia territorial especial de las medidas previstas. La duda a resolver es si el artículo 771.1 (medidas previas) es más especial que el 769.3 o viceversa, es decir, si las medidas previas en caso de procesos sobre guarda y custodia o alimentos para hijos comunes se han de presentar ante el juzgado del domicilio del demandante.

Otro nuevo reflejo de la técnicamente defectuosa inclusión de los procesos de guarda y custodia y alimentos es que la referencia a los artículos 102 y 103 del Código Civil también debe adaptarse, concretamente ignorando todos los aspectos que hacen referencia a las situaciones matrimoniales. Pero esta falta de técnica puede llevar a una feliz conclusión, sin duda no pretendida por el legislador: quizá pueda entenderse en que en los pleitos sobre guarda y custodia es posible hacer atribución de uso de la vivienda y del ajuar familiares (el artículo 103 no dice "conyugales"), cuando los padres están viviendo juntos y se impone que uno de ellos deje el domicilio.

Volviendo a los pleitos matrimoniales debe criticarse que esa referencia al artículo 102 del Código Civil, que es copia acrítica del artículo 104 CC, adelante sus previsiones de anotación registral al momento de la interposición de la petición de medidas y sea sólo efecto legal de la admisión de la demanda principal. Es absurdo que se puedan practicar unas anotaciones registrales claudicantes, pues puede que queden sin vigencia en el plazo de treinta días.

La salvedad de no ser necesaria la intervención de abogado y procurador para el escrito inicial, aparentemente fundada en motivos de urgencia, tiene poca operatividad en la realidad, pues la comparecencia posterior se dilata en muchos casos por la petición de abogado y procurador de oficio por parte

del demandante, del demandado o de ambos. Aquí podría desplegar su eficacia lo que podemos llamar las "medidas previas a las previas", que puede acordar el juez en la misma resolución en que cita para comparecer. Pero su carácter de medidas inaudita parte la sitúan en la frontera, sino en el terreno, de la inconstitucionalidad. Salvo que haya documentos fehacientes, básicamente resoluciones judiciales y penales, que acrediten la perentoria urgencia, no parece aceptable hacer atribución de la custodia de los hijos y del uso de la vivienda y ajuar familiares sin oír previamente a quien va a ser privado de esa custodia y habrá de abandonar inmediatamente su propio domicilio. Pero puestos a prever esa posibilidad, no es acertado vincularla necesariamente con la resolución en la que se fija la comparecencia, según hace el párrafo segundo del artículo 771.2. Precisamente cuando esa comparecencia no se puede señalar porque la parte demandada ha solicitado defensa y representación de oficio puede haber razones para dictar un auto especial sobre esas medidas previas a las previas (atribución de custodia y uso de domicilio y ajuar). Creemos que debe superarse la literalidad y admitir esa posibilidad.

De nuevo tenemos que lamentar que la comparecencia de medidas no responda al principio de absoluta concentración, ya que admite la práctica posterior de la prueba dentro de los diez días siguientes. Pero hay que recalcar que no es posible señalar varios días, pues esa práctica posterior ha de ser en unidad de acto. Por otra parte, en las previsiones sobre las medidas provisionales se reiteran los mismos principios en cuanto a consecuencias de la ausencia de las partes, reconocimiento tácito de hechos y desvinculación de esas medidas provisionales consensuadas en relación a las definitivas.

De nuevo el texto incurre en el olvido de que las medidas provisionales relativas al patrimonio conyugal están reguladas en el artículo 809, que presupone la admisión de la demanda. Ese olvido genera la duda sobre la posibilidad de adoptar como previas las medidas previstas en los puntos cuatro y cinco del artículo 103 el Código Civil, que formalmente no han sido derogados.

El auto de medidas previas, igual que el de coetáneas, no admite recurso alguno. La mejor doctrina ya había llegado a esa conclusión para el de medidas previas en la normativa ahora derogada pero representa una muy positiva novedad para el auto de medidas coetáneas. Se trata de otra de las innovaciones que justifican la valoración global positiva de la nueva normativa.

La interpretación de la fase siguiente, la de medidas provisionales coetáneas, es decir una vez admitida la demanda principal, es problemática por el curioso diseño que ha hecho la nueva ley. La idea del legislador parece ser que las medidas previas se conviertan en coetáneas salvo excepciones tasadas. La idea es buena pero la competencia territorial única del juzgado del domicilio del demandante introduce un elemento distorsionado del sistema. Si el demandado no ha comparecido en el procedimiento de medidas previas, queda en manos

de la parte actora, si el juzgado competente para el pleito principal es otro, ocultar la existencia de las medidas y, en cualquier caso, dejar pasar el plazo de treinta días sin interponer la demanda, si las medidas no son de su agrado. La parte demandada, haya o no comparecido en las medidas provisionales, puede interponer la demanda principal y deberá entenderse, aunque la ley no lo diga, que, si esa interposición se produce en el plazo de los treinta días, mantiene la vigencia de las medidas provisionales previas.

Las dudas no acaban ahí. El punto segundo del artículo 772 es más que sorprendente. Si ha sido otro juez el que ha dictado el auto de medidas previas y, por tanto, ha dispuesto de los datos y pruebas necesarias, no se entiende cómo otro juez con la única base de la lectura de la demanda principal puede considerar que procede completar las medidas acordadas. Si es el mismo juez el competente hay que decir lo mismo, agravado con el peligro de modificación vulnerando la seguridad jurídica. Aparte de estos problemas la interpretación de ese artículo con el siguiente no es fácil, pues nos encontramos con tres ideas: modificación total o parcial de las medidas previas, complemento de éstas en algún punto no regulado y adopción de medidas provisionales en ausencia de medidas previas. La modificación total o parcial parece que sólo es potestad del juez, con las incongruencias que ya hemos señalado, pero queda la duda sobre la posibilidad de que alguna de las partes proponga un cambio que el juez considere oportuno recoger, previa la comparecencia correspondiente. En cualquier caso la iniciativa de oficio del juez sólo puede afectar a las medidas no regidas por el principio de rotación. El complemento de las medidas previas viene a ser lo mismo que la modificación de los aspectos ya regulados, pero la posibilidad de instancia de parte parece mayor con una interpretación amplia del artículo 773. La adopción de medidas simultáneas al proceso principal, tanto a solicitud del demandante como del demandado, o del Ministerio Fiscal en los aspectos relativos a los menores, está regulada de forma paralela y coincidente con la adopción de medidas previas, pero hay que recordar lo dicho sobre la exclusión de las medidas relativas a la futura liquidación del régimen económico matrimonial, que debe hacerse en paralelo según los artículos 806 y siguientes. Por ello es incorrecta la expresión "en todo caso" del artículo 773.2, porque no se aplica *en ningún caso* la totalidad de lo dispuesto en el artículo 103 del Código Civil. Si el solicitante de las medidas coetáneas es el demandado, previsión que debemos calificar de positiva, el sistema previsto también es positivo, pues se subsume en el proceso principal en la medida de lo posible. El auto de medidas, como hemos dicho, no admite recurso alguno. Se suprime definitivamente el obsoleto sistema de oposición al auto de medidas que la ley 30/1981 mantuvo como anacronismo heredado de la época en que el Estado hacía abdicación de su potestad jurisdiccional en materia matrimonial en favor de tribunales eclesiásticos católicos.

LA MODIFICACION DE LAS MEDIDAS DEFINITIVAS

Lo primero que debe advertirse es que el artículo 775 es fiel reflejo de la precipitación parlamentaria. Su redacción incluye dos errores que no han sido salvados en la corrección de error del BOE de 14.4.2000, a saber que la remisión al artículo 771 debe entenderse hecha al artículo 770 y que la remisión al artículo siguiente se refiere al 777, pues en ambos supuestos se varió en el trámite parlamentario la numeración del articulado.

La inclusión del Ministerio Fiscal como legitimado para instar la modificación es un plus positivo a la regulación de su intervención hecha en el artículo 749, pero la mención de los cónyuges es inexacta. Diríase que cada vez que el legislador dice "en todo caso" ignora supuestos en los que no se produce lo que pretende. Así ocurre con la modificación de medidas definitivas fijadas en anteriores sentencias de divorcio, nulidad matrimonial, eficacia civil de resoluciones eclesiásticas, de guarda y custodia de menores o de alimentos de hijos comunes, donde el actor y el demandado ya no serán cónyuges o, en los dos últimos casos, normalmente no lo habrán sido nunca. Contrariamente hay que felicitar de otro aspecto del artículo 775; se trata de la posibilidad de medidas provisionales simultáneas al proceso de modificación de medidas definitivas. Con ello se evita la prolongación de una situación injusta, por cambio de circunstancias, mientras se tramita la resolución definitiva y se pone fin al argumento, hasta ahora utilizado por muchos, de que un auto no puede dejar sin efecto lo dispuesto en una sentencia anterior. Por supuesto que puede, si el auto ha sido dictado en vista de una variación de la realidad. También queda claro, en contraste con la literalidad incorrecta de la normativa ahora derogada, que la modificación de medidas se rige por el procedimiento consensual o contencioso, según sea el caso presente, con independencia de cuál hubiera sido el cauce para la adopción de las medidas que ahora se modifican.

PROCEDIMIENTO CONSENSUAL

Ya hemos dicho antes que, sin mucho fundamento, este procedimiento no está previsto para nulidad matrimonial. Ahora, sin embargo, resulta plenamente aplicable a los procesos sobre guarda y custodia y alimentos de hijos comunes y a los de eficacia civil de resoluciones eclesiásticas con petición de medidas. Aunque el artículo 777 sólo habla de separación o divorcio, está incluido en el capítulo IV que se titula "de los procesos matrimoniales y de menores" y la regla sexta del artículo 770 menciona también las medidas definitivas y, pese a la mala técnica de redacción a la que ya estamos acostumbrados, hay que entender la equiparación también para esas medidas definitivas. Una lectura literal nos llevaría a la absurda conclusión de que para la adopción de las medidas cautelares en los casos de guarda y custodia y alimentos de hijos comunes se seguirán los trámites establecidos para la adopción

de las medidas definitivas de los procesos matrimoniales. Como esa conclusión es imposible, debe corregirse en el sentido de aplicar los trámites para las medidas definitivas matrimoniales a los procesos sobre guarda y custodia y alimentos de hijos comunes y, como los trámites consensuales son una de las posibilidades, también son aplicables a esos procesos. En el caso de la eficacia civil de resoluciones eclesiásticas con petición de medidas, el artículo 778.2 (corregido en el BOE de 14.4.2000) nos remite a la modificación de medidas (art. 775), que a su vez nos remite al proceso contencioso o consensual, según sea el caso. Curiosa revisión ésta, cuando no se trata de modificación sino adopción inicial, pero ya estamos acostumbrados a distinguir entre lo que la nueva ley quiere decir y lo que dice.

La competencia territorial del juez del domicilio de cualquiera de los solicitantes (art. 769.2) es una novedad positiva en comparación con la situación hasta ahora vigente, pues al no existir demandado en estos procesos la competencia queda limitada al lugar del domicilio conyugal. Pero aplicarlo a los procesos sobre guarda y custodia o alimentos de hijos comunes surge la duda de si el artículo 769.3 tiene prevalencia sobre el 769.2 o viceversa.

Como siempre la redacción legal está pensando únicamente en los procesos matrimoniales y la tenemos que adaptar a los otros supuestos de aplicación. Pero a veces no es una cuestión sólo de redacción sino de incongruencia con la realidad subyacente. Así ocurre con la supresión del doble requerimiento de nuevo convenio, antes de la sentencia y en ella (disp. ad. 6ª, 6 y 7, L. 30/1981), dejándolo en un único requerimiento en la sentencia (art. 777.7). Esto tiene sentido si también se dilucida la acción de estado civil, pero carece de él en los demás supuestos, incluidas también las modificaciones de medidas matrimoniales. Debía haberse optado que un único requerimiento *antes* de sentencia. Si el rechazo judicial se refiere a la totalidad del convenio, lo cual puede ser frecuente en el caso de alimentos de menores, la sentencia será extremadamente curiosa, pues sólo podrá decir, con toda solemnidad, eso sí, que las partes deben aportar un nuevo convenio que eventualmente será aprobado por un auto. A mayor abundamiento, la nueva regulación tampoco prevé la posibilidad de prueba para acreditar la procedencia de la nueva propuesta de convenio o para insistir en la bondad de la rechazada por el juez.

Es positivo que la sentencia estimatoria de la separación o divorcio no se mencione a los efectos de apelación. Ello debe interpretarse como excluyente de la legitimación del Ministerio Fiscal, al que se menciona sólo como legitimado para recurrir en interés de los hijos la aprobación del convenio. Por lo demás, se mantienen los principios de ejecución de las medidas a pesar del recurso y de la firmeza de la sentencia en cuanto al estado civil.

EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES ECLESIÁSTICAS

Ya nos hemos referido a la posibilidad, positivamente valorada, de aplicar el proceso contencioso o

consensual tipo si hay petición de adopción o modificación de medidas. Esta última posibilidad cabe si ha habido antes una sentencia de separación o divorcio, que no impide la eficacia civil de la resolución eclesiástica; no cabrá si ha habido antes una sentencia civil de nulidad. Si no hay petición de medidas la nueva ley sigue con la misma técnica de la ley 30/1981 de diseñar un proceso básicamente de jurisdicción voluntaria. Lo significativo viene dado por lo suprimido en comparación con la regulación hasta ahora vigente. Es curioso, y nos atrevemos a decir que es tremendamente significativo, que una ley con abundantes incursiones de regulación sustantiva calle toda mención a los requisitos necesarios para el reconocimiento de la eficacia civil, de manera que hay que acudir al artículo 80 del Código Civil que, a su vez, nos remite al artículo 954 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (que continúa vigente según la disposición derogatoria única, tercera excepción, de la nueva ley). Habrá que aplicar toda la doctrina constitucional recaída sobre los aspectos de fondo, que la nueva ley en nada afecta. La otra omisión se refiere a los efectos de la oposición del otro cónyuge a que se reconozca la eficacia civil. También aquí habrá que aplicar la doctrina ya establecida. Y la tercera comisión es la de la posibilidad de un ulterior proceso, caso de oposición, o del cauce para tramitarla en el mismo proceso. Todas estas cuestiones se liquidan con la remisión a que el juez resuelva "lo que resulte procedente". ¡Faltaría más que el legislador pretendiera que el juez resuelva lo que resulte improcedente! Parece que debe concluirse, ante tales alardes de minuciosidad legislativa, que la oposición impide la homologación civil y que cabe un proceso contencioso, con la duda entre el proceso ordinario o el verbal especial del artículo 770.

EJECUCION FORZOSA

Pese a que el proyecto no incluía ninguna previsión sobre la ejecución de los pronunciamientos de los procesos matrimoniales y de familia, se introdujo un único artículo, el 776, que aunque positivo es manifiestamente insuficiente. Las multas coercitivas para las obligaciones de pago, la improcedencia de sustitución automática de las obligaciones no pecuniarias y la ausencia de límites temporales para las mutuas coercitivas en esos supuestos pueden ayudar a resolver las enormes dificultades de la ejecución en esta materia. La regla tercera del artículo comentado introduce una nueva duda. O se trata de un nuevo ejemplo de regulación sustantiva en esta ley o pretende tener eficacia procesal, lo cual sería lo suyo, y permite tramitar como incidente de ejecución la modificación del régimen de guarda y visitas, sin tener que acudir a un pleito de modificación de medidas según el artículo 775. Debemos abogar por la primera interpretación, para darle una utilidad práctica y evitar la mera redundancia con el artículo 94 del Código Civil y concordantes autonómicos y la jurisprudencia que los interpreta.

Al acudir a la regulación general de la ejecución forzosa nos encontramos con sorpresas positivas y negativas, en su aplicación a la ejecución en materia de familia. Entre las primeras destaca la ausencia de un artículo equivalente al 1891 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil, que hacía posible la anotación preventiva de embargo por pensiones provisionales futuras de un año al amparo del artículo 42.10 de la Ley Hipotecaria, atendiendo a la resolución de la Dirección General de Registros y del Notarial de 13 de junio de 1986. Ya no será posible esa anotación preventiva. Tampoco existe un artículo como el antiguo 1447, que permita la alteración del orden de embargo cuando la deuda consista en pensiones, y tampoco se podrá seguir la práctica de ingreso directo en la cuenta de la parte acreedora en las retenciones salariales, porque ha de pasar necesariamente por la cuenta de consignación del juzgado según el artículo 621.3. Entre los aspectos positivos hay que señalar la consagración legislativa de la inscripción directa en el Registro de la Propiedad de los convenios judicialmente aprobados por sentencia, en virtud del artículo 521.2, que ya viene siendo posible según doctrina de la DGRN. Es un gran progreso que el nuevo artículo 555.1 no sólo permita sino que imponga la acumulación de los procesos de ejecución pendientes entre los mismos ejecutante y ejecutado, a petición de cualquiera de ellos, lo cual ha de permitir poner orden al actual caos existente en la ejecución de obligaciones pecuniarias derivadas de distintos procesos.

Continuaremos con las actuales dudas prácticas en materia de incidentes dentro de la ejecución. Si son a instancia del ejecutado habrá que encauzarlos por el artículo 560, pero si son a instancia del ejecutante, como por ejemplo liquidación de pensiones atrasadas, actualizaciones, intereses, etcétera, habrá que buscar la aplicación analógica del artículo 718, igual que se ha venido aplicando el artículo 932 de la antigua ley. Se ha perdido la ocasión de una regulación adecuada y específica.

LIQUIDACION DEL REGIMEN ECONOMICO MATRIMONIAL

El solo hecho de que la nueva ley regule específicamente la liquidación del régimen económico matrimonial es ya en sí mismo algo positivo, en comparación a la tortuosa regulación hasta ahora vigente. Pero la remisión al procedimiento de división de la herencia a partir de la designación de contador no sólo incurre en el viejo defecto de acudir a otro procedimiento sino que provoca que su finalización no tiene efectos de cosa juzgada y es posible replantear la cuestión en un proceso ordinario ulterior. Sin embargo, esa posibilidad debe interpretarse de forma restrictiva, de manera que la formación del inventario debe entenderse que acaba con efectos de cosa juzgada con la sentencia a la que se refiere el artículo 809.

El proceso regulado en los artículos 806 y siguientes es de aplicación a todos los regímenes económicos matrimoniales que comportan una ma-

sa común de bienes, como ocurre con el régimen de gananciales. El artículo 811 es especial para el régimen de participación. Para el régimen de separación de bienes catalán hay que acudir al artículo 43 del Código de Familia y, supletoriamente a la LEC, con las adaptaciones necesarias.

La competencia funcional, según el artículo 807, viene atribuida al juzgado que ha dictado la sentencia de separación, nulidad o divorcio o ha conocido de los supuestos previstos en el artículo 1393 del Código Civil o equivalentes autonómicos. Pero el ulterior pleito al que hemos hecho referencia se regirá por las normas generales de competencia.

Se distinguen dos fases claramente diferenciadas, una que podemos llamar de medidas cautelares y otra de liquidación. La primera está integrada por el inventario y las medidas sobre administración y disposición bienes para mientras no se produzca la liquidación. Ya hemos señalado que de esta manera el artículo 103.4 y 5 del Código Civil queda sustituido por el artículo 809 de la nueva ley. La atribución de la competencia para presidir la comparecencia al secretario judicial implica que debe haber dos comparecencias, una ante el juez para las demás medidas provisionales y otra ante el secretario, para el inventario. No parece demasiado lógico atribuir esa competencia con ese efecto de duplicidad, en una ley que desgraciadamente ignora ofensivamente a la figura del secretario judicial y se acuerda de él aquí.

La fase de liquidación requiere la firmeza de la sentencia del pleito principal y también la firmeza del propio inventario, y se configura también en torno a una comparecencia ante el secretario judicial. En caso de desacuerdo, da paso al nombramiento de contador, y en su caso de peritos, y a la prosecución según el procedimiento de división de herencia.

La liquidación del régimen de participación también se basa en una comparecencia ante el secretario judicial y no existe remisión al procedimiento de división de la herencia, por lo que parece que la sentencia a que se refiere el artículo 811 tiene efectos de cosa juzgada y es apelable según el régimen general.

OPOSICION A LAS RESOLUCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA DE PROTECCION DE MENORES Y PROCEDIMIENTO PARA DETERMINAR LA NECESIDAD DE ASENTIMIENTO EN LA ADOPCION

Hay que valorar muy positivamente que la oposición a las resoluciones administrativas se haya encauzado por el proceso verbal especial de familia, sin las especificidades del matrimonial y asimilados, dejando definitivamente a la jurisdicción voluntaria para lo que su nombre indica, es decir para cuando no hay contienda. La necesidad de asentimiento en la adopción ya debía tramitarse por el juicio verbal de la antigua ley de acuerdo con la disposición adicional primera de la Ley Orgánica 1/1996.

La competencia funcional para determinar la necesidad de asentimiento viene fijada en el artículo 781.1, lógicamente a favor del juez que conoce de la constitución de la adopción. A su vez la competencia territorial, siendo el proceso de constitución un procedimiento de jurisdicción voluntaria, se continúa rigiendo por las normas no derogadas de la antigua LEC, pero el legislador parece no saberlo porque en el artículo 779 habla de todos los procesos a los que se refiere el capítulo, cuando en realidad esa competencia territorial sólo se aplica a los procesos sobre oposición a las resoluciones administrativas. Afortunadamente el criterio competencial en favor del domicilio de la entidad protectora coincide con el de la jurisdicción voluntaria para la adopción, y también el domicilio del adoptante en los supuesto de ausencia de propuesta administrativa. De hecho el legislador ha reproducido acríticamente el artículo 63.16 de la antigua Ley de Enjuiciamiento Civil (que continua vigente) y por eso menciona los artículos 179 y 180 del Código Civil, que nada tienen que ver con la oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección ni con la determinación de la necesidad de asentimiento en la adopción, pues se refieren a la privación de la potestad parental y a la extinción de la adopción a instancias del padre o de la madre biológicos preteridos indebidamente. Curiosamente para esas materias no está prevista, como sería razonable, la aplicación del proceso especial de familia y habrá que ir al ordinario.

Hay que aplaudir la explícita exclusión de la reclamación previa en vía administrativa, que carece de sentido en esta materia en la que la iniciativa es de la administración al adoptar las medidas protectoras y no del ciudadano, de manera que siempre existe un acto administrativo. En ausencia de exclusión expresa, como sucedía en la disposición adicional primera que de la Ley Orgánica 1/1996, la sentencia es apelable en ambos efectos, tiene eficacia de cosa juzgada y no puede ser provisionalmente ejecutada (art. 525.1.1ª). Se echa en falta un mecanismo específico y eficaz para hacer cumplir el plazo de entrega del expediente administrativo, pues la práctica demuestra su reiterado incumplimiento. Lo mismo hay que decir ante la ausencia de un plazo preclusivo para presentar escrito de demanda a contar desde la notificación de la resolución administrativa, que es fuente inagotable de inseguridad jurídica en estos procesos.

Justamente la introducción de un plazo para articular la demanda sobre necesidad de asentimiento en la adopción es un elemento muy positivo de la nueva regulación, de manera que si se deja pasar el plazo que flexiblemente puede fijar el juez la acción del citado artículo 180 del Código Civil o equivalentes autonómicos ya no podrá ser ejercitada en su día. Hubiera sido bueno que la apelación de la sentencia de primera instancia tuviera declaración de preferencia, pues entre tanto el procedimiento de adopción está en suspenso y los meses son años para los menores.

PROCESOS SOBRE CAPACIDAD DE LAS PERSONAS

Hay que resaltar la positiva novedad de incluir a la pareja de hecho entre los legitimados activamente para la declaración de incapacidad. Debe entenderse, en ausencia de especificación, que es indistinta la condición heterosexual u homosexual. La nueva ley nos tiene acostumbrados a la persistente voluntad de ignorar a las uniones estables del derecho catalán, aragonés o navarro, pero obviamente la inclusión de la pareja de hecho las incluye también a *fortiori*. Como para la prodigalidad se mantiene el criterio de legitimación activa de los familiares con derecho a alimentos, también hay que incluir a las ignoradas parejas estables, que también tienen ese derecho.

Definitivamente se pone fin a la polémica sobre la posibilidad de nombramiento del tutor en la propia sentencia de incapacitación. Pero como siempre el legislador es poco cuidadoso con los flecos. Queda claro que la competencia funcional será, en consecuencia, del juez que ha dictado la sentencia de incapacitación aunque el artículo 63.17 de la antigua ley, declarado vigente en la disposición derogatoria única de la nueva, también prevea la competencia del juez del lugar donde haya bienes inmuebles del incapaz.

Las medidas cautelares se rigen por la normativa general pero con exclusión de la caución obligatoria pero se echa en falta una declaración expresa en tal sentido, igual que en el artículo 768.3; hay que deducirlo de la remisión única y exclusivamente a los artículos 734, 735 y 736.

Por lo que se refiere al internamiento no voluntario por razón de trastorno psíquico, queda claro que se trata de una autorización judicial y no de una orden de internamiento. La competencia territorial para la ratificación de la medida urgente se concreta en favor del juez del lugar del centro de internamiento y se expresa como obligación de los médicos la de informar al juez, sin necesidad de que éste la requiera.

En el debe de la nueva regulación hay que incluir

la ausencia de mención del efecto del recurso de apelación y de las consecuencias de la oposición del interesado, que puede estar comparecido, y de la posibilidad de un juicio contradictorio posterior sobre la procedencia del internamiento, que sin duda debe ser posible.

PROCESOS SOBRE FILIACION, PATERNIDAD Y MATERNIDAD

Ya hemos dicho que el primer punto del artículo 764 es de una tal obviedad que sobra, y contrariamente falta una norma de competencia territorial obligatoria en favor del domicilio del demandado. Por aplicación del artículo 50 se llega a esa competencia pero no queda excluida la sumisión tácita (la expresa no parece imaginable). Por lo demás la nueva ley incurre en el frecuente defecto de regular aspectos sustantivos, en una materia que tanto el Código de Familia de Cataluña como la Compilación de Navarra también regulan, con riesgo de indebidas interferencias. Afortunadamente la ley parece inspirada en esas legislaciones, pues recoge el criterio de legitimación pasiva y transmisión de esa condición a los herederos prevista en el artículo 99 del código catalán y en la ley 71, último párrafo, de la Compilación de Navarra. Pero surge conflicto con la ley catalana en cuanto a la exigencia de un principio de prueba inicial; la jurisprudencia del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña tiene declarado que el artículo 127.2 del Código Civil es contrario a los principios del derecho catalán, y en consecuencia surge ahora la duda sobre la aplicación de su sustituto, el artículo 767.1 de la nueva ley.

Por último, resulta sorprendente que las medidas cautelares en los procesos sobre custodia de menores o alimentos de éstos hayan sido equiparadas a las de los procesos matrimoniales, según hemos visto, y que las medidas cautelares de los procesos de filiación, que versan sobre esas mismas materias, se regulen por el procedimiento general de medidas cautelares, si bien con exclusión potestativa de la caución.