

LOS PROCESOS MATRIMONIALES
MASTER DE DERECHO DE FAMILIA.
UNIVERSITAT DE BARCELONA
Curso 2009/2010.

Dr. Vicente Pérez Daudí¹.
Profesor titular de Derecho Procesal.
Universitat de Barcelona

1- REGULACIÓN.

La regulación de los procesos de familia se realiza en el Libro IV de la LEC. En el mismo debemos distinguir entre las disposiciones comunes (arts. 748 a 755 LEC) y las normas específicas del proceso matrimonial (arts. 768 a 778 LEC). Estos preceptos deben combinarse con los del Código Civil o legislación especial aplicable. En el desarrollo del proceso de familia haremos referencia conjuntamente al Código Civil y al Código de Familia.

En este trabajo no realizaremos ninguna alusión a la mediación familiar pues ya existe una lección específica, pero debe tenerse en cuenta que el proceso se podrá suspender en cualquier momento para someterse a mediación (artículo 771.7 LEC).

2- EL OBJETO DEL PROCESO MATRIMONIAL.

Uno de los aspectos más importantes cuando nos enfrentamos al proceso matrimonial es la determinación del objeto del mismo. Al respecto debemos tener presente que en esta materia el proceso tiene carácter necesario ya que sólo una sentencia judicial puede decretar la disolución del vínculo matrimonial, exceptuando lógicamente los casos de fallecimiento de uno de los cónyuges². A

¹ perezdaudi@ub.edu

² Si bien en este caso en ocasiones será necesario que se dicte sentencia pues la sentencia de nulidad o de divorcio puede tener repercusiones en la distribución de los bienes de la herencia.

partir de esta premisa el legislador obliga a regular la nueva situación económica creada en las relaciones internas entre ellos y con sus descendientes. Ello motiva que en el proceso matrimonial nos hallemos ante las siguientes pretensiones:

- La pretensión relacionada con el vínculo matrimonial.
- La pretensión económica entre los cónyuges.
- Las pretensiones relacionadas con los hijos.

A estas pretensiones hay que unir otras relacionadas con la regulación sustantiva de la disolución del vínculo:

- La disolución de la comunidad de bienes cuando se haya constituido al margen del régimen económico matrimonial.
- La alegación y, en su caso, impugnación de los acuerdos extrajudiciales reguladores de la ruptura futura o presente.

El artículo 774 LEC regula el contenido mínimo de la sentencia en el proceso matrimonial, que debe pronunciarse sobre la nulidad, separación y divorcio y las medidas adoptadas en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas (arts. 774.4 LEC).

El contenido de la sentencia también viene determinado por el artículo 90 del Código Civil estatal y el artículo 76 del Código de Familia de Catalunya. Este último prevé que:

“1. En los casos de nulidad del matrimonio, divorcio o separación judicial, si hay hijos sometidos a la potestad del padre y de la madre, debe establecerse:

- a) Aquel con quien han de convivir los hijos, así como, en su caso, el régimen de visitas, estancia y Comunicación con el padre o la madre con quien no convivan.
- b) La forma como debe ser ejercida la potestad de los hijos, en los términos establecidos en el artículo 139.
- c) La cantidad que por el concepto de alimentos de los hijos, de acuerdo con el artículo 143, corresponda satisfacer al padre o la madre y la periodicidad y forma de pago.
- d) Las normas para la actualización de los alimentos y, en su caso, las garantías para asegurar su pago.

2. Si hay hijos mayores de edad o emancipados que convivan con uno de los progenitores y que no tengan ingresos propios, deben fijarse los alimentos que correspondan en los términos establecidos en el artículo 259.

3. Los demás aspectos que deben regularse, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, son los siguientes:

- a) La atribución del uso de la vivienda familiar, con el correspondiente ajuar, y, en su caso, de las demás residencias.
- b) La pensión compensatoria o los alimentos, que, en su caso, corresponda satisfacer a uno de los cónyuges en favor del otro.
- c) La forma, si corresponde, en que los cónyuges siguen contribuyendo a los gastos familiares.
- d) Las normas para la actualización de los alimentos y de la pensión compensatoria y, en su caso, las garantías para asegurar su pago.
- e) La liquidación, en su caso, del régimen matrimonial y la división de los bienes comunes, de acuerdo con lo establecido en el artículo 43³.

a) La pretensión matrimonial.

El principal contenido del proceso matrimonial lo constituye la pretensión matrimonial. La misma puede consistir en:

- la acción de nulidad del matrimonio, distinguiendo aquella en la que debe intervenir el Ministerio Fiscal y aquellas en la que no es parte (arts. 73.4 y 5 Ccv).
- la acción de divorcio.
- la acción de separación.

El artículo 751 LEC prevé que “en los procesos a que se refiere este título no surtirán efecto la renuncia, el allanamiento ni la transacción”. En su apartado 3 afirma que “no obstante lo dispuesto en los apartados anteriores, las pretensiones que se formulen en los procesos a que se refiere este Título y que tengan por objeto materias sobre las que las partes puedan disponer libremente, según la legislación civil aplicable, podrán ser objeto de renuncia, allanamiento, transacción o desistimiento, conforme a lo previsto en el Capítulo IV del Título I del Libro I de esta Ley”.

Con la regulación anterior de la LEC nos pronunciamos sobre este apartado y llegábamos a la conclusión de que el allanamiento no sería eficaz en la pretensión matrimonial cuando no tuviera carácter dispositivo para las partes³. Con la

³ Ver mi monografía sobre *El allanamiento en el proceso civil*, Barcelona, 2000.

regulación actual la nulidad del matrimonio no tiene carácter dispositivo, pero el legislador permite en algún caso que se convalide la causa de nulidad concurrente por la actuación de los cónyuges como es el caso del matrimonio contraído por un menor de edad o en la fundada en error, coacción o miedo grave en las que solo puede ejercitar la acción de nulidad una vez alcanzada la mayoría de edad al contrayente menor o el cónyuge que hubiera sufrido el vicio de voluntad y permite que se convalide la causa de nulidad cuando hubieran vivido juntos un año. En este caso el carácter no dispositivo de la acción de nulidad se resiente o cuanto menos nos tenemos que replantear la no eficacia de los negocios dispositivos ya que si la actividad está en el ámbito de la esfera de voluntad de las partes extraprocesalmente se debe permitir su eficacia si se realizan en el ámbito procesal.

Por otro lado al haber desaparecido el divorcio causal en la reforma del artículo 86 del Código Civil a través de la ley 15/2005, de 8 de julio el mismo tiene carácter dispositivo para las partes. Recordemos que la nueva redacción del artículo 86 del Código Civil prevé que “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”.

El artículo 81 del Ccv. exige que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio y que se acompañe una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 92 del Ccv.. Este precepto también prevé no requerir el transcurso del plazo cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

De esta forma se ha introducido en nuestro ordenamiento jurídico el divorcio no causal, exigiendo únicamente que uno o ambos cónyuges manifiesten su voluntad de divorciarse, que haya transcurrido el plazo de 3 meses desde la celebración del matrimonio y que se acompañe una propuesta de convenio regulador. Por ello ya no podemos afirmar, como se hacía en la regulación anterior, que la pretensión de divorcio tenga carácter no dispositivo. Una cuestión distinta es que sea necesario que transcurra el plazo de 3 meses desde la celebración del matrimonio, cuestión que es de ius cogens y que sólo puede no requerirse cuando concorra alguna de las excepciones previstas en el artículo 81 del Código Civil.

Por último en relación con la separación nos hallamos indudablemente ante una materia dispositiva para las partes. En la regulación anterior del artículo 92 el único efecto que producía la sentencia de separación era eximir a los cónyuges de la prueba de la separación, ya que el art. 86 Ccv recogía como causa de divorcio tanto la separación judicial como la separación de hecho. Por consiguiente, se puede conseguir el mismo efecto jurídico extraprocesalmente. Por ello estimamos que no existe ningún inconveniente para que la parte demandada pueda manifestar su conformidad con esta pretensión, teniendo los mismos efectos vinculantes para el órgano jurisdiccional.

b) Pretensiones en relación con los hijos.

El artículo 76.1 del Código de Familia prevé en relación con los hijos que deben regularse los siguientes aspectos:

- Convivencia y régimen de visitas.
- La forma en que es ejercida la patria potestad.
- Alimentos.

La primera consideración que debemos realizar es que los hijos no son parte en el proceso matrimonial. Por lo tanto sus derechos son indisponibles por las partes. Además en el proceso matrimonial interviene el Ministerio Fiscal como representante de los hijos menores (disp. ad. VIII). Por todo ello el órgano jurisdiccional no está vinculado por las alegaciones efectuadas por los cónyuges en relación con los hijos. El allanamiento a esta pretensión no es vinculante para el órgano jurisdiccional no porque este proceso se rija por el principio inquisitivo, sino porque tienen el carácter de terceros, con lo que no les puede afectar el acto dispositivo realizado por otras personas.

c) Pretensiones económicas entre los cónyuges.

El proceso de familia implica la ruptura de la convivencia conyugal, con lo que debe regularse la distribución de los bienes comunes o la atribución de los bienes privativos que estuvieran destinados a levantar las cargas familiares. Los extremos que prevé el artículo 76 del Código de Familia son:

- la atribución del uso de la vivienda familiar y ajuar y, en su caso, de las demás residencias.
- La pensión compensatoria y alimentos.
- Contribución a gastos familiares.
- Normas de actualización de alimentos y pensión compensatoria y, en su

- caso, de las garantías.
- La liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes comunes.

El convenio regulador es uno de los contenidos de la demanda. El Juez debe examinarlo y puede rechazar su aprobación si “son dañosos para los hijos o gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges” (art. 90.2 Cc). La primera limitación es lógica porque, como ya vimos, los hijos son terceros sobre cuyos derechos los cónyuges no tienen poder de disposición. El segundo límite de este precepto ofrece dificultades prácticas de valoración con lo que será el Órgano Jurisdiccional el que lo determinará en cada caso concreto.

El órgano jurisdiccional para valorar el perjuicio que puede ocasionar a alguno de los cónyuges el convenio matrimonial propuesto debe oírles. Al tratarse de una pretensión económica entra dentro de su poder de disposición⁴, por lo que estimamos que a pesar de la dicción de este precepto el órgano jurisdiccional estará vinculado por la opinión de los interesados. En este sentido se ha pronunciado el TS al dotar de eficacia vinculante a los actos dispositivos relacionados con la pretensión económica en los procesos matrimoniales⁵.

De todas formas debemos tener en cuenta que esta conclusión es válida para aquellas pretensiones que tienen un carácter disponible para las partes⁶. El allanamiento no será vinculante cuando se trate de una cuestión de orden público como son los alimentos.

3- LOS PROCEDIMIENTOS.

La LEC regula hasta cuatro procesos de familia.

- proceso contencioso de nulidad, separación y divorcio –art. 770 LEC.
- proceso voluntario de divorcio y separación –art. 777 LEC.
- medidas provisionales matrimoniales –arts. 771-776 LEC.

⁴ En este sentido SSTS de 22 de abril de 1997 y de 12 de febrero de 1991.

⁵ STS de 26 de enero de 1993, de 4 de diciembre de 1985, de 13 de octubre de y de 17 de junio de 1944. La Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón de 26 de junio de 1993 afirma que “sobre el estado matrimonial no cabe el allanamiento, pero sí sobre las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que puedan derivarse de las cuestiones matrimoniales, porque al revestir carácter privado no afectan al orden social ni al interés público”.

⁶ Como por ejemplo la petición de alimentos en el proceso de separación o de pensión compensatoria, sin embargo no cabrá sobre los alimentos futuros (a sensu contrario art. 151.2 Cc).

- procedimiento para reconocimiento de la eficacia civil de las resoluciones de Tribunales Eclesiásticos o decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado –art. 778 LEC.

A continuación analizaremos los elementos comunes a todos ellos como la competencia, partes y la práctica de la exploración de menores, para a continuación desarrollar procedimentalmente los procesos previstos en los artículos 770 y 777 LEC y las especialidades procesales en cada una de las etapas procesales.

A) EL ORGANISMO JURISDICCIONAL.

a) Competencia objetiva.

La competencia objetiva para conocer de los procesos de familia se atribuye a los Juzgados de Primera Instancia (art. 769 LEC).

Al determinar la competencia objetiva para conocer de los procesos matrimoniales también hay que tener en cuenta lo previsto en el artículo 87.ter LOPJ que prevé que los Juzgados de Violencia sobre la Mujer conocerán en el orden civil de los procesos de nulidad, separación y divorcio cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos:

- Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo.
- Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo.
- Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género.
- Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género.
- Cuando el Juez apreciara que los actos puestos en su conocimiento, de forma notoria, no constituyen expresión de violencia de género, podrá inadmitir la pretensión, remitiéndola al órgano judicial competente.
- En todos estos casos está vedada la mediación.

Cuando concurren estos supuestos los Juzgados de Primera Instancia no podrán conocer de los procesos matrimoniales siendo competentes los Juzgados de Violencia sobre la Mujer.

Una vez delimitada la competencia objetiva y territorial para conocer de los procesos matrimoniales debemos indicar que según la disposición final de la ley de 7 de julio de 1981 y el artículo 1 del RD de 3 de julio de 1981 y art. 89 LOPJ se prevé la especialización de los Juzgados de Primera Instancia en materia de familia en aquellos partidos judiciales donde se justificara por razones de la cantidad de asuntos de los que deben conocer.

La especialización de los Juzgados de Familia ha sido reclamado por los operadores jurídicos⁷ y por los partidos políticos en varias ocasiones. En este sentido se ha pronunciado el Acuerdo del Consejo General del Poder Judicial de 26 de febrero de 2009 en el que analiza esta cuestión atendiendo a la carga de trabajo de los Juzgados de Primera Instancia en materia de Derecho de Familia, Capacidad de las Personas y Tutelas. En dicho estudio se pone de manifiesto que estas cuestiones representan al 30,72% de la carga de trabajo de los Juzgados de Primera Instancia. Ya anteriormente el CGPJ se pronunció a favor de la especialización en el libro Blanco de la Justicia de 8 de septiembre de 1997. Dicho acuerdo no llega a ninguna conclusión y simplemente remite la cuestión al análisis de los datos del año 2008, la situación en que finalmente se encuentren los Juzgados de Violencia sobre la Mujer y la nueva carga de trabajo de los Juzgados que acuerde el Consejo General del Poder Judicial.

Como hemos indicado anteriormente actualmente tan sólo existe la previsión de la especialización de uno o varios Juzgados de Primera Instancia en el artículo 89 LOPJ, pero no está previsto con carácter general. Ello ha motivado que no en todas las capitales de provincias ni en todos los partidos judiciales exista un Juzgado que sólo conozca de esta materia. Por otro lado se alegan como motivos de la especialización la singularidad de la materia, la necesidad de contar con medios personales que exceden a los tradicionales cuerpos de la Administración de Justicia como psicólogos y trabajadores sociales y la presencia necesaria del Ministerios Fiscal en algún caso.

⁷ En el III Encuentro de Magistrados y Jueces de Familia y Asociaciones de Abogados de Familia, celebrado en Madrid el 28, 29 y 30 de octubre de 2008 se discutió en una mesa específica esta cuestión y se acordó por unanimidad solicitar la creación de una jurisdicción de persona, familia, incapacidades y tutelas.

Siguiendo esta tendencia a nivel parlamentario se ha propuesto en varias ocasiones la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial para lograr dicha especialización. La misma se pretende lograr por dos vías distintas:

- Por un lado se ha pretendido crear un orden jurisdiccional de familia.
- Por otro se pretende crear unos Juzgados de Familia dentro del orden civil.

La iniciativa más reciente es la proposición de ley presentada por el Grupo Parlamentario Catalán 122/000167 sobre “modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, de Poder Judicial, para proceder a la creación de la jurisdicción de familia⁸. En la misma se propone la creación de un nuevo orden jurisdiccional que se denominaría la del orden de familia y que conocerían de las materias relacionadas con la familia, uniones de hecho, menores, persona y alimentos entre otras.

La justificación que se da en la exposición de motivos es la existencia de unos adecuados servicios de apoyo⁹ y la intervención necesaria del Ministerio Fiscal. En mi opinión no está justificada la creación de un orden de familia ya que nos hallamos ante una especialidad del orden civil. Una cuestión distinta es que falten los medios adecuados para dotar de eficacia a los ya existentes, pero desgraciadamente esta situación se produce en la totalidad de los órganos jurisdiccionales y no sólo en el ámbito del derecho de familia.

Además la justificación de la proposición de ley hace referencia a la existencia de unos adecuados servicios de apoyo. De esta forma se está haciendo referencia a los Equipos Técnicos Judiciales. Los mismos han tenido una actuación al margen de la ley desde su creación, lo que ha motivado que se hayan extralimitado en sus funciones realizando informes periciales al margen de lo previsto en la ley. En la actualidad la única previsión que se realiza sobre los mismos es en su función de auxiliar al juez para tomar la declaración a los menores. Lógicamente esta actuación por sí sola no puede justificar la creación de un orden especializado distinto al de familia. La motivación del mismo debería hallarse en la materia y no en los órganos administrativos que se creen al respecto. Es más, hay otros casos como es el del proceso penal de menores donde existiría una mayor justificación a la creación de este orden.

⁸ Publicada en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, Serie B Proposiciones de ley, número 186-1, el 18 de mayo de 2009.

⁹ Ver el artículo que publiqué sobre la emisión del dictamen de especialistas en los procesos de familia en el que desarrollo la intervención de los Equipos Técnicos Judiciales en estos procesos, publicado en la Revista Jurídica de Catalunya 2009, número 1, páginas 157 y ss., y el comentario que he realizado de la Sentencia del TC 163-2009, que está pendiente de publicación, que adjunto como anexo de este estudio.

Por otro lado se intenta justificar con la intervención necesaria del Ministerio Fiscal. No podemos compartirlo ya que el Ministerio Fiscal interviene en el proceso civil en numerosas ocasiones, en el caso concreto de los procesos matrimoniales se prevé su intervención en los de nulidad matrimonial y en el resto cuando alguno de los interesados sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal. Es decir, son casos en los que interviene para defender los intereses de personas físicas que no tienen la suficiente capacidad procesal. Esta razón no justifica la creación de un nuevo orden judicial.

Esta proposición de ley tuvo su antecedente en la proposición de ley 122/000014 de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, para proceder a la creación de la jurisdicción de familia¹⁰. En la misma se pretendía la creación de un nuevo orden jurisdiccional que conocerían de todos los temas relativos a la persona.

En el mismo sentido pero de forma distinta se presentó por el Partido Popular la proposición de ley 122/000068 Orgánica relativa a la modificación de la Ley Orgánica del Poder Judicial¹¹. A través de esta proposición de ley se pretende la introducción de los artículos 97 bis y ter LOPJ en los cuales se regularían unos Juzgados de Familia con sede en la capital de provincia y dentro del orden jurisdiccional civil y con competencia en las materias del derecho de la persona.

Estas proposiciones fueron analizadas conjuntamente en el debate en el pleno del Congreso de los Diputados del 8 de febrero de 2005¹². En la misma se debatieron ambas enmiendas votando a favor de su toma en consideración los proponentes, CiU y PP, Coalición Canaria, BNG y Grupo Vasco; se abstiene Izquierda Verde; y vota en contra el PSOE¹³. Finalmente la iniciativa no fue tomada en consideración debido al voto en contra del PSOE que en ese momento ostentaba la mayoría absoluta en el Congreso de los Diputados.

¹⁰ Publicado en el Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VIII Legislatura, serie B: proposiciones de ley, de 23 de abril de 2004.

¹¹ BOCG. Congreso de los Diputados, serie B, núm. 84-1, de 11/06/2004

¹² DS. Congreso de los Diputados, Pleno y Dip. Perm., núm. 68, de 08/02/2005

¹³ Debemos advertir que la totalidad de las posiciones fueron motivadas, siendo destacables los matices introducidos por la Sra. Uria Etxebarria en representación del Grupo Vasco que concluye afirmando que “no estamos de acuerdo en absoluto con el texto de las dos iniciativas, no estamos siquiera convencidos de que sea un derecho sustantivo o especial, eso sí, en cuanto a la cantidad de los litigios que se llevan a ella y las posibles vicisitudes de los pleitos en esta materia, nos parece que, cuando menos, merecerían que esta Cámara se haga eco, que lo tome en consideración y, con las aportaciones que sean necesarias, finalmente pueda trasladarse, con el mayor consenso posible, a una norma en un futuro”, votando finalmente a favor de la toma en consideración.

Son interesantes los argumentos dados por el Sr. Madrones en representación del grupo parlamentario socialista que afirma en relación con la creación de un nuevo orden jurisdiccional que:

“La necesidad de crear órganos propios de este nuevo orden no viene en la actualidad exigida ni avalada por el número de asuntos que existen sobre estas materias. Señora Pigem, la creación de un orden jurisdiccional diferenciado, como usted pretende, necesitaría la elaboración incluso de una ley procesal propia, que tampoco tenemos, como son las leyes de Enjuiciamiento Civil, la de Enjuiciamiento Criminal, la Laboral y la de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. La naturaleza de estos pleitos de familia no exige una ley procesal propia, porque la coincidencia con el proceso civil es absoluta en todos sus principios, excepto en el principio dispositivo. El derecho de familia como rama del ordenamiento nacida del tronco común del derecho civil carece de una especialidad material que justifique la especialidad procesal de una normativa procedimental específica.

En relación con la creación de unos Juzgados de Familia argumenta en contra que:

“La posibilidad de especialización sin límite está recogida en el artículo 98.1 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y reiterada en el artículo 46 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así existen numerosos juzgados de familia allá donde son necesarios y, si hubiera que crear algunos más, sería posible por el Consejo General del Poder Judicial en aplicación de esta posibilidad expresa que recoge nuestra Ley Orgánica del Poder Judicial y nuestra Ley de Enjuiciamiento Civil. Nada nuevo se está planteando, porque esa posibilidad ya existe”.

No podemos obviar que desde la judicatura también se ha propuesto la creación de estos juzgados especializados¹⁴, pero la propuesta es sustancialmente diferente ya que defienden la creación de unos Juzgados de Familia siguiendo el modelo de los Juzgados de lo Mercantil y de ámbito comarcal.

No es el momento de analizar los efectos beneficiosos o perniciosos de la existencia de una especialización judicial en todos los ámbitos del derecho. Lo que

¹⁴ Ver Magro Servet, Vicente, en *Hacia la creación de los Juzgados de Familia y de Salud Mental comarcalizados*, publicado en Diario la Ley, número 7202, sección doctrina, 23 de junio de 2009, referencia La Ley 12362/2009.

es cierto es que es una materia altamente sensible por la existencia de una pluralidad de intereses en juego. En casi todas las capitales de provincia y en grandes ciudades existen juzgados de primera instancia especializados en materia de familia. Para plantear la creación de unos órganos especializados habría que analizar estadísticamente si está justificada la creación de esos órganos jurisdiccionales especiales atendiendo al número de asuntos de los que conoce. Por otro lado debería plantearse la necesidad de alterar la organización jurisdiccional para lograr una uniformidad en la interpretación y que se puedan concentrar los medios adecuados en estos nuevos Juzgados de Familia, que recordemos que tendría competencia en la totalidad del ámbito personal.

En relación con la competencia objetiva para conocer también debe tenerse en cuenta que con motivo de la modificación del Código Civil se ha defendido que los procesos de divorcio de mutuo acuerdo en los que no existan hijos tienen la naturaleza jurídica de jurisdicción voluntaria. Posteriormente se está defendiendo que se atribuya la competencia para conocer de los mismos a los notarios al igual que hacen de facto con la separación de las uniones de hecho.

b) La competencia territorial.

La competencia territorial viene establecida en el artículo 769 LEC, que establece los siguientes fueros:

- El domicilio conyugal.
- Si viven en distintos partidos judiciales. Fuero electivo entre último domicilio conyugal o residencia del demandado.
- Si se desconoce, el domicilio del actor.
- Si la separación o divorcio de mutuo acuerdo la competencia territorial es el último domicilio conyugal o el de cualquiera de los solicitantes.

La competencia territorial tiene carácter no dispositivo, tal como prevé el artículo 769.4 LEC, siendo nulos los acuerdos que se opongan al carácter improrrogable de la competencia territorial.

c) La competencia para el proceso de modificación de medidas.

Otra cuestión que se plantea en el ámbito del proceso de familia es el Juzgado competente para conocer del proceso de modificación de medidas definitivas. El artículo 775 LEC prevé que:

“1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

2. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777.

3. Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773”.

Considero que el proceso de modificación de medidas debería plantearse como un incidente en el ámbito del proceso de ejecución. Sin embargo, esta solución implicaría modificar la sentencia ya dictada y ello no es posible por ser contrario al artículo 222 LEC. La única solución es iniciar un nuevo procedimiento declarativo en el que debe acreditarse el cambio de circunstancias. Desde esta perspectiva el Órgano Jurisdiccional competente será el Juzgado de Primera Instancia, siendo competente territorialmente el del último domicilio conyugal o, si se presenta de común acuerdo, el de cualquiera de los cónyuges, tal como hemos indicado anteriormente.

Dogmáticamente y por razones de eficacia sería deseable que la competencia para conocer de la modificación de medidas la tuviera el mismo órgano judicial que hubiera dictado la sentencia en la que están incluidas las medidas definitivas a modificar. Ello será así en la mayor parte de las ocasiones, pero puede suceder que el proceso de divorcio se hubiera seguido de mutuo acuerdo y el de modificación de medidas no. En este caso se modifican los fueros de competencia ya que en el primer caso los fueros de competencia territorial previstos en el artículo 769 LEC no son los mismos que en el segundo, tal como hemos expuesto anteriormente.

En todo caso, de lege data, la competencia territorial en los procedimientos de modificación de medidas se determinará aplicando los fueros previstos en el artículo 769 LEC, los cuales tienen carácter improrrogable.

B) LAS PARTES.

En el proceso matrimonial nos encontramos ante dos partes que deben intervenir en todo caso. Lógicamente nos referimos a los cónyuges que pretenden la separación o la disolución del matrimonio. Precisamente uno de los documentos que necesariamente debe aportarse junto con la demanda de separación, divorcio o nulidad es la certificación de inscripción del matrimonio en el Registro Civil.

Además de estas dos partes que necesariamente deben intervenir en todo proceso matrimonial nos encontramos con otras personas que deben participar en el proceso penal. Si hay hijos menores deben participar necesariamente en el proceso pues se va a discutir y resolver cuestiones que les interesa.

Otra parte necesaria en alguno de los procesos matrimoniales es el Ministerio Fiscal. El artículo 749 LEC prevé que:

“1. En los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes.

2. En los demás procesos a que se refiere este título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

Esta intervención también está prevista en el artículo 3.7 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal que prevé que corresponde al Ministerio Fiscal “intervenir en los procesos civiles que determine la ley cuando esté comprometido el interés social o cuando puedan afectar a personas menores, incapaces o desvalidas en tanto se provee de los mecanismos ordinarios de representación.

Para determinar en qué calidad interviene debemos atender a la circular del Fiscal General del Estado 1/2001, sobre incidencia de la nueva LEC en la intervención del Fiscal en el Proceso Civil. En la misma advierte en el apartado VII.4.a que ejerce una “legitimación no sustitutiva de sus representantes legales, sino propia, justificada en la defensa del interés público comprometido”.

Con lo cual la intervención del Ministerio Fiscal es necesaria en los procesos de nulidad del matrimonio. Tal como prevé el artículo 74 Ccv. la acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo, salvo lo dispuesto en los siguientes artículos. En el artículo 75 Ccv solo prevé la legitimación del Ministerio

Fiscal mientras el contrayente sea menor de edad y el 76 Ccv prevé que sólo puede solicitar la nulidad el conyuge que hubiera sufrido el error, coacción o miedo grave. Salvo estos supuestos puede ejercitar la acción el Ministerio Fiscal o cualquier persona con interés directo y legítimo.

En principio el Ministerio Fiscal no puede ejercitar la acción de divorcio o de separación, que corresponde en exclusiva a los cónyuges. Sin embargo, el artículo 749 LEC prevé que intervendrán cuando existan menores o incapacitados. En este caso ya hemos visto que actuará en defensa del interés social concurrente, pero no como representante de los mismos. En principio éstos actuarán a través de la persona que legalmente les represente, pero en estos casos nos podemos encontrar con casos de incompatibilidad en la actuación de los progenitores y del menor.

C) LA ACUMULACIÓN DE ACCIONES.

Tal como afirma GÓMEZ ORBANEJA “el derecho del proceso es un derecho de segundo grado y formal, es decir, que no se enfrenta directamente con las relaciones de la vida ni con el tráfico económico o social, sino que es un derecho que está para otro derecho”¹⁵. En el caso concreto del proceso matrimonial cuando se disuelve el vínculo (nulidad y divorcio) o cuando los cónyuges deciden separarse se decide no sólo la pretensión matrimonial sino que deben regularse necesariamente los efectos de la ruptura. Por este motivo se produce una acumulación de acciones ex lege en estos procedimientos. Ya hemos indicado como en el proceso matrimonial se acumulan hasta tres tipos de pretensiones:

- La pretensión matrimonial.
- Las pretensiones económicas entre los cónyuges.
- Las pretensiones relacionadas con los hijos.

Como he indicado anteriormente cada una de ellas responde a principios distintos en función de si tienen la naturaleza de disponible o no para los cónyuges y tienen carácter necesario.

Además de estas acciones se pueden acumular voluntariamente otras que pueden incidir en una mayor complejidad del proceso matrimonial. Concretamente me refiero a la acción de división de los bienes comunes y las cuestiones relativas a la

¹⁵ GOMEZ ORBANEJA, en “Derecho y Proceso”, en *Derecho y Proceso*, editorial Civitas, Madrid, 2009, página 195. El artículo citado es la transcripción de una conferencia que impartió en la Escuela de Práctica Jurídica del Colegio de Abogados de Zaragoza en el mes de marzo de 1974.

eficacia de los pactos prematrimoniales o realizados con ocasión de la ruptura de forma extrajudicial.

a) La división de cosa común.

La posible acumulación de la acción de división de bienes comunes de los cónyuges ha planteado dudas en la aplicación del régimen general del Código Civil ya que la jurisprudencia entiende que en estos supuestos es necesario acudir al proceso especial regulado en los artículos 806 y ss. LEC¹⁶. Sin embargo, en ocasiones la legislación especial de alguna Comunidad Autónoma autoriza a acumular la acción de división de cosa común en el proceso matrimonial. Este es el caso de la Comunidad Autónoma de Catalunya¹⁷ que prevé expresamente en el artículo 43 del Código de Familia que:

“En los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y de ejecución en el orden civil de las resoluciones o decisiones eclesiásticas a que hace referencia el artículo 42, de matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, cualquiera de los cónyuges puede ejercer simultáneamente la acción de división de cosa común con respecto a los que tengan en pro indiviso. Si los bienes afectados son más de uno y la autoridad judicial lo estima procedente, aquéllos pueden ser considerados en conjunto, a efectos de la división.

2. Si la sentencia da lugar a la acción de división de la cosa común, puede procederse a la indicada división de los bienes en el trámite de ejecución de la sentencia.

Esta es una posibilidad que no está prevista expresamente en la regulación del Código Civil que sólo prevé que se pueda acumular la liquidación del régimen económico matrimonial, lo cual ocurría cuando de conformidad con la regulación del mismo existían bienes comunes como en el régimen de gananciales. Pero no cuando la comunidad de bienes no provenía de la aplicación del régimen económico matrimonial sino de la libre voluntad de los cónyuges como en el caso de la separación de bienes.

¹⁶ En este sentido se han pronunciado entre otras las Sentencias de la sección 12 de la AP de Barcelona, ponente Pascual Ortuño Muñoz, de 30 de julio y 29 de julio de 2002

¹⁷ La jurisprudencia se ha pronunciado sobre la acumulación en las Sentencias de la sección 12 de la AP de Barcelona de 29 de julio de 2002, de 28 de julio de 2002, de 16 de mayo de 2002.

Sin embargo, no se puede acumular la discusión sobre el régimen económico matrimonial aplicable o sobre la titularidad de los bienes. En este caso la jurisprudencia remite a las partes a un proceso declarativo posterior¹⁸.

b) La eficacia de los acuerdos extrajudiciales para el caso de ruptura.

Otra acción que se puede acumular es la de la eficacia de los acuerdos extrajudiciales a los que hubieran llegado las partes para el caso de ruptura. Los mismos se realizaban al amparo de la regulación de los capítulos matrimoniales de los artículos 1425 y ss. del Código Civil y de los artículos 15 y siguientes del Código de Familia.

En ocasiones los cónyuges pactan en el ámbito de los capítulos matrimoniales, o posteriormente a la celebración de la ruptura, las consecuencias de las mismas. Desde un punto de vista práctico se ha planteado la eficacia de los mismos en el proceso matrimonial en aquellos aspectos que tengan carácter dispositivo y cuál es el procedimiento adecuado para exigirlos. En este caso concreto existe una laguna legal ya que no hay ninguna norma del Código Civil que los regule, limitándose el Código de Familia a incluirlos como uno de los posibles contenidos afirmando que “en los capítulos matrimoniales pueden determinarse el régimen económico matrimonial, convenir heredamientos, realizar donaciones y establecer las estipulaciones y pactos lícitos que se consideren convenientes, incluso en previsión de una ruptura matrimonial”.

Esta posibilidad no está incluida expresamente en los artículos 1325 del Código Civil, pero se ha admitido como uno de los posibles contenidos de los mismos.

Una cuestión que se plantea en relación con los mismos es su validez y eficacia. En este sentido debemos distinguir en función del pacto. Con carácter general no serán eficaces aquellos pactos en previsión de la ruptura que regulen relaciones indisponibles para las partes, que generen situaciones de desigualdad entre los cónyuges, que perjudiquen a terceros o que sean contrarios al orden público.

Sobre la disponibilidad o no de las relaciones entre los cónyuges me remito a lo indicado anteriormente al analizar la naturaleza de las distintas pretensiones que con carácter necesario se deben incluir en el proceso matrimonial. Cuando nos hallemos ante una materia dispositiva serían aplicables los límites indicados anteriormente; es decir, no pueden perjudicar a terceros, a las partes ni ser contrarios al orden público.

¹⁸ En este sentido se pronuncian las Sentencias de la sección 18 de la AP de Barcelona de 17 de mayo de 2002 y de la sección 12 de 29 de mayo de 2002.

La siguiente cuestión que se plantea es la eficacia y el mecanismo para hacerlo valer. Si las partes llegan a un acuerdo sobre el contenido del convenio que modifica los pactos en previsión de la ruptura a los que hubieran llegado no habrá ningún inconveniente. La dificultad se planteará cuando uno de los cónyuges alegue la ineficacia de dicho pacto y pretenda adoptar unas medidas definitivas distintas a las pactadas. En este caso el Órgano Judicial podrá valorar libremente las circunstancias concretas y la validez de los pactos extrajudiciales.

D) EL PROCESO DE MUTUO ACUERDO.

El artículo 777 LEC regula el proceso de separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o de uno de los cónyuges con el consentimiento del otro. El mismo se iniciará por demanda a la que deben adjuntarse el certificado de inscripción del matrimonio, de la inscripción de los hijos y la propuesta de convenio regulador.

A continuación se convocará a los cónyuges para que ratifiquen el convenio aportado. Si no se ratifican se acuerda el archivo de las actuaciones.

En caso de ratificarse el Juez valora si se han aportado todos los documentos requeridos que acrediten las alegaciones de las partes. Si considera que son insuficientes debe requerirles para que lo subsanen en un plazo de diez días. Durante este plazo prevé la ley que se practicará la prueba que las partes hubieran propuesto y que el Juez considere oportuna para acreditar las circunstancias exigidas en cada caso por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar el convenio regulador.

La ley prevé que si hay hijos menores o incapacitados el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Ministerio Fiscal, miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor.

Una vez practicadas el Tribunal dictará sentencia resolviendo sobre la separación o divorcio solicitados y sobre la aprobación del convenio regulador. Si éste no se aprueba íntegramente puede requerir a las partes para que aporten nuevo convenio o completen los puntos no aprobados.

La sentencia que deniegue el divorcio o separación o que no apruebe el convenio en los términos presentados puede ser recurrida en apelación, si bien no suspenderá los efectos de las medidas acordadas. Si aprueba el convenio íntegramente sólo puede ser recurrida por el Ministerio Fiscal en interés de los hijos menores o incapacitados.

E) EL PROCESO CONTENCIOSO.

El proceso contencioso matrimonial se regula en el artículo 770 LEC y se remite al juicio verbal con contestación por escrito.

La tramitación es la siguiente:

- Presentación de la demanda, siendo documentos necesarios la certificación de celebración del matrimonio, de inscripción del nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho.
- Contestación por el otro cónyuge en el plazo de 10 días, debiendo aportar los documentos en que funde su derecho. Además puede formular reconvencción en los siguientes casos:
 - o cuando se funde en alguna de las causas que pueden dar lugar a la nulidad del matrimonio.
 - o cuando se solicite la separación y el cónyuge demandado pretenda el divorcio.
 - o cuando se pretenda la adopción de medidas definitivas que no hubieran sido solicitadas por el actor y sobre las que el tribunal no pueda pronunciarse de oficio.
- Si se formula reconvencción la parte actora tiene un plazo de diez días para contestar a la misma.
- Una vez formuladas las alegaciones se convocará a la vista prevista para el juicio verbal. La ley prevé la necesidad de que comparezcan los abogados de las partes y éstas personalmente, bajo apercibimiento de que si no lo hacen se pueden considerar admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.
- La celebración de la vista se remite a la regulada en el juicio verbal.
- La prueba que no se pueda practicar en el acto de la vista se debe realizar en el plazo de 30 días, pudiendo el Tribunal decretar de oficio las prueba que estime necesarias para decretar la nulidad, separación o divorcio y las que se refieran a los pronunciamientos sobre las medidas que afecten a hijos menores o incapacitados. Los hijos menores deben ser oídos si tienen más de 12 años.
- En cualquier momento las partes pueden solicitar que se tramite por el proceso de mutuo acuerdo regulado en el artículo 777 LEC.
- El artículo 770 finaliza previendo la posibilidad de que las partes soliciten la suspensión del proceso para someterse a mediación.

Una vez expuesto el esquema de los procesos matrimoniales regulados en la LEC desarrollaremos cada una de sus fases de forma independiente.

4- LA DEMANDA.

La LEC no prevé una forma específica para la demanda del proceso matrimonial, limitándose a indicar en el artículo 770.1 que “las demandas de separación, salvo las previstas en el artículo 777, las de nulidad de matrimonio y demás que se formulen al amparo del título IV del Libro I del Código Civil, se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, conforme a lo establecido en el capítulo I de este título”.

Respecto del contenido de la demanda la regla Primera del artículo 777.1 prevé que:

“A la demanda deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos en que el cónyuge funde su derecho. Si se solicitaren medidas de carácter patrimonial, el actor deberá aportar los documentos de que disponga que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y, en su caso, de los hijos, tales como declaraciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad o certificaciones registrales”.

En mi opinión el contenido mínimo de la demanda matrimonial contenciosa debe ser:

- Hechos.
 - o Celebración del matrimonio
 - o Cuestiones relacionadas con los hijos.
 - o Hechos relacionados como el patrimonio como la identificación y valoración de los mismos, además de la descripción de las cargas que tuvieran.
 - o Detallar los ingresos del matrimonio.
 - o Indicar los gastos, intentando identificar el concepto de cada uno de ellos.
 - o Si se solicita la pensión compensatoria del artículo 41 del Código de Familia se deben alegar los presupuestos previstos, además de aportar la documentación que lo acredite.
 - o Indicar si el cónyuge se dedica al sostenimiento de las cargas matrimoniales y si lo hace con o sin retribución.

- Indicar las circunstancias que han generado una situación de desigualdad y que puede implicar un enriquecimiento injusto.
- Fundamentación jurídica.
 - Desarrollar los aspectos procesales como la jurisdicción, procedimiento, competencia territorial y cualquier otra cuestión procesal que se estime relevante.
 - Desarrollar los aspectos materiales relacionados con:
 - La pretensión matrimonial, identificando si se ejercita la acción de separación, divorcio o nulidad y desarrollando los aspectos problemáticos que puedan suscitarse.
 - Los hijos, especialmente debe indicarse:
 - Guarda y custodia.
 - Patria potestad.
 - Régimen de visitas.
 - Alimentos.
 - El uso del domicilio conyugal.
 - Los alimentos y gastos extraordinarios.
 - La contribución a las cargas matrimoniales, tales como hipoteca, comunidad de propietarios, Impuesto de Bienes Inmuebles, ...etc.
- El suplico de la demanda donde se solicitará que se admita a trámite la demanda y que previo los trámites legales oportunos, identificando el procedimiento y si es necesario o no la intervención del Ministerio Fiscal, se dicte sentencia, detallando a continuación las pretensiones que se ejercitan.
- Otrosí. Esta es la fórmula que se utiliza cuando se realicen peticiones accesorias junto con el escrito de demanda. Deberá utilizarse cuando:
 - Se anuncie la presentación de un dictamen pericial que no se ha podido adjuntar junto con la demanda tal como prevén los artículos 337 y 338 LEC.
 - Se solicite la adopción de medidas provisionales o modificación de las ya adoptadas.
- Lugar de presentación, fecha y firma de abogado y procurador.

Éste es el contenido mínimo de una demanda de nulidad, separación o divorcio, sin perjuicio de adaptarla al caso concreto eliminando alguno de los apartados (como los hijos si no los hubiera) o alegar otros hechos o circunstancias (como en el caso en que se solicite la división de bienes comunes o la nulidad de un acuerdo extrajudicial que regule las consecuencias de la ruptura). Ello justifica que

la forma de la demanda sea la prevista en el artículo 405 LEC y no se limite a la demanda sucinta prevista para el juicio verbal.

Además junto con la demanda deben aportarse los documentos previstos en el artículo 777.1 regla primera LEC.

La demanda del proceso de mutuo acuerdo puede ser más sencilla. En principio el artículo 777 LEC la denomina como el escrito que promueve el procedimiento. Es decir, no utiliza el término demanda, lo cual implica que no es necesario que se adapte a la forma prevista en el artículo 405 LEC. En todo caso el artículo 777.2 LEC prevé que:

“Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieren valerse para acreditarlo”.

En todo caso debe tenerse en cuenta que el convenio matrimonial debe tener el contenido exigido en los artículos 92 del Ccv. y 76 del Código de Familia.

5- LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA.

Recordemos que en el proceso de mutuo acuerdo no hay contestación a la demanda pues ambos cónyuges presentan la solicitud del proceso matrimonial conjuntamente o con el consentimiento del otro, por lo que se limita al proceso contencioso.

En el proceso contencioso el artículo 753 LEC prevé que se seguirán los trámites del juicio verbal con contestación por escrito por un plazo de veinte días. La contestación debe realizarse de conformidad con lo previsto en el artículo 405 LEC. Tal como prevé dicho artículo debe seguir la forma de la demanda debiendo exponer el demandado los fundamentos de su oposición a las pretensiones de la parte actora y alegar las excepciones materiales que tuviere por conveniente. Formalmente deberá negar o admitir los hechos aducidos por el actor, pudiendo el Tribunal considerar el silencio o las respuestas evasivas como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales.

Desde un punto de vista práctico aconsejo que la forma de la contestación siga el esquema de la demanda de forma que los hechos coincidan con los correlativos de la demanda. Cuando no fuera posible porque la demanda no siguiera lo previsto en el artículo 399 LEC que prevé que los hechos se narrarán de forma ordenada y clara debería hacerse un resumen de las alegaciones efectuadas por el actor de forma esquemática para contestar individualmente a cada uno de ellos. Finalmente si hay otros hechos que sean relevantes para resolver la cuestión litigiosa deberían alegarse a continuación.

En relación con los fundamentos de derecho el artículo 405 LEC prevé que se alegarán las excepciones procesales y materiales. Entre las excepciones procesales se puede alegar la de acumulación inadecuada de procedimientos cuando se hubiera pretendido la determinación del régimen económico matrimonial, que como hemos analizado la jurisprudencia la ha remitido al procedimiento declarativo posterior, o la división de bienes comunes cuando el matrimonio no se rigiera por el régimen de gananciales o cualquiera que implicara la comunidad de bienes¹⁹.

Entre las excepciones materiales tan sólo se pueden oponer en relación con las medidas solicitadas por las partes. Si el demandado pretende algo más de lo solicitado por la parte como puede ser solicitar el divorcio cuando se ha pedido la separación o pedir la adopción de alguna medida distinta a la solicitada por las partes deberá formularse reconvencción.

6- LA RECONVENCIÓN.

El artículo 770.2 LEC prevé que sólo se admitirá reconvencción en una serie de supuestos que hemos indicado anteriormente. El contenido y la forma de la reconvencción se regulan en el artículo 406 LEC:

“1. Al contestar a la demanda, el demandado podrá, por medio de reconvencción, formular la pretensión o pretensiones que crea que le competen respecto del demandante. Sólo se admitirá la reconvencción si existiere conexión entre sus pretensiones y las que sean objeto de la demanda principal.

2. No se admitirá la reconvencción cuando el Juzgado carezca de competencia objetiva por razón de la materia o de la cuantía o cuando la

¹⁹ Recuerdo que en relación con esta pretensión en Catalunya si que se permite la acumulación, tal como he indicado anteriormente.

acción que se ejercite deba ventilarse en juicio de diferente tipo o naturaleza.

Sin embargo, podrá ejercitarse mediante reconvencción la acción conexa que, por razón de la cuantía, hubiere de ventilarse en juicio verbal.

3. La reconvencción se propondrá a continuación de la contestación y se acomodará a lo que para la demanda se establece en el artículo 399. La reconvencción habrá de expresar con claridad la concreta tutela judicial que se pretende obtener respecto del actor y, en su caso, de otros sujetos. En ningún caso se considerará formulada reconvencción en el escrito del demandado que finalice solicitando su absolución respecto de la pretensión o pretensiones de la demanda principal.

4. Será de aplicación a la reconvencción lo dispuesto para la demanda en el artículo 400”.

La reconvencción debe ser expresa y proponerla después de la contestación a través de otrosi digo, siguiendo la forma indicada para el escrito de demanda. Lógicamente la misma se limitará a las nuevas pretensiones ejercitadas como puede ser la solicitud de otras medidas definitivas o ejercitar la pretensión de divorcio. En el apartado fáctico el demandado reconviniente deberá alegar los hechos constitutivos de su pretensión.

Además la reconvencción será el mecanismo que debe utilizar el demandado para formular aquellas pretensiones que el legislador permite acumular voluntariamente al actor. Es decir, cuando se solicite la eficacia de un pacto extrajudicial que incluyera alguna medida adicional o se solicite la división de bienes comunes y la legislación aplicable al matrimonio permitiera acumularla.

Una vez formulada la reconvencción se dará traslado al actor para que conteste en el plazo de diez días.

7- ACTIVIDADES PREVIAS A LA VISTA.

Con carácter previo a la vista el artículo 440.1 i.f. LEC prevé que en el plazo de tres días siguientes a la recepción de la citación, las partes deben indicar las personas que deben ser citadas judicialmente para que declaren en el juicio como partes o testigos.

La reciente reforma de la LEC a través de la ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial²⁰ reforma los artículos 337.1 y 338.2 LEC y obliga a que la parte que hubiera anunciado en la demanda o en la contestación a la demanda la aportación de un dictamen pericial que no hubieran podido adjuntar deberán aportarlo al proceso al menos cinco días antes de la vista. Finalmente si se hubiera solicitado la emisión de un dictamen pericial judicial deberá designarse al perito antes de la vista para que se pudiera practicar la prueba en la forma legalmente establecida.

Además se podrá solicitar la práctica de la prueba anticipada o la adopción de alguna medida de aseguramiento de prueba cuando concurrieran los requisitos previstos en la LEC.

8- VISTA.

Una vez presentada la demanda y contestación, y la reconvenición en su caso, el Secretario Judicial convocará a las partes a una vista. En la citación se advertirá expresamente a las partes que deben comparecer obligatoriamente y que si no lo hicieran se podrán considerar admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones. Además es preceptiva la presencia de los abogados en el acto de la vista.

La ley no lo prevé, pero en aquellos casos en los que hubiera menores o incapaces también deberá comparecer el Ministerio Fiscal y la persona que legalmente le represente. En la práctica no es habitual que el Ministerio Fiscal comparezca al acto de la vista, sobre todo en los Juzgados que no radican en capitales de provincia. Ello motiva que cuando se solicita la custodia compartida alegando la previsión del Código Civil no se concede porque el artículo 92.6 del Código Civil prevé que:

“En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal...”.

Como hemos indicado en muchas ocasiones el Ministerio Fiscal no comparece en el acto de la vista ni emite informe, lo que provoca que el órgano judicial no pueda acordar la custodia compartida.

Este problema no se plantea cuando se aplica la legislación especial de Catalunya porque no existe la previsión de que se deba recabar obligatoriamente informe del Ministerio Fiscal y tampoco se prevé en la LEC. Este matiz permite que los

²⁰ La ley ha sido publicada en el BOE de 4 de noviembre de 2009, teniendo una vacatio legis de 6 meses.

Tribunales puedan adoptar la custodia compartida aunque no haya comparecido el Ministerio Fiscal.

Con carácter previo los cónyuges pueden manifestar al Tribunal que han llegado a un acuerdo sobre las medidas a adoptar.

Al inicio del acto de la vista es cuando se resolverán las cuestiones procesales que se hayan planteado, tal como se prevé en el artículo 443 LEC. En todo caso recordemos que en el proceso de familia la contestación se realizará por escrito, por lo que el demandado debe haber alegado las cuestiones procesales en el escrito de contestación, precluyéndole el plazo para ello. De todas formas nada impedirá que pueda presentar un escrito previo al inicio de la vista o alegarlas como cuestión previa pues la totalidad de las cuestiones procesales previstas en el artículo 443 LEC son apreciables de oficio, con lo que si no se examinara al inicio de la vista puede motivar que el Juez deba analizarlas al dictar la sentencia o se puedan alegar al interponer recurso de apelación contra la misma. Además, en muchos casos cabe que se subsane el defecto procesal en que se haya incurrido como sucede en el caso de la acumulación de acciones en el que el actor puede desacumular aquella acción que no pueda ser ejercitada en el proceso de familia.

Una vez analizadas y, en su caso, resueltas o subsanadas las cuestiones procesales se fijarán los hechos controvertidos y se propondrá la prueba por las partes. Contra la resolución judicial sobre la admisión o inadmisión de un medio de prueba tan sólo se podrá formular protesta a efecto de hacer valer los derechos en segunda instancia (art. 446 LEC).

Además el Juez podrá acordar de oficio la práctica de las pruebas que estime necesarias para comprobar “la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable” (art. 700.4 LEC).

Finalmente recordemos que cuando existen hijos menores o incapaces debe comparecer el Ministerio Fiscal para defender los intereses de los mismos, todo ello sin perjuicio de iniciar el expediente de jurisdicción voluntaria para nombrar un defensor judicial cuando los intereses de los progenitores sean contrapuestos con los del menor. En mi opinión esta circunstancia concurre en todos aquellos casos en los que los progenitores no llegan a un acuerdo en relación con cualquier medida que afecte a los menores o incapaces. Lo cual sucede en la práctica

totalidad de los divorcios contenciosos que se tramitan. En todo caso, desde un punto de vista práctico, ni el Ministerio Fiscal ni el Órgano Judicial inician el expediente indicado en estos supuestos.

Al tener el Ministerio Fiscal la condición de parte necesaria en los procesos de familia cuando resulten afectados los intereses de menores o incapaces también podrán proponer la práctica de los medios de prueba que estimen pertinentes.

Más discutible es la participación de los Equipos Técnicos Judiciales en la proposición de pruebas. La LEC no le reconoce la condición de parte sino tan sólo la de auxiliar del Juez para la realización de la exploración de menores. Así el artículo 770, regla cuarta in fine LEC, al regular la práctica de la exploración de menores afirma que:

“En las exploraciones de menores en los procedimientos civiles se garantizará por el Juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario”.

Sin embargo, el artículo 92.6 del Código Civil prevé que “En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valorar las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda”.

En mi opinión la previsión que realiza este precepto es perturbadora del sistema general de la LEC ya que el Equipo Técnico Judicial no es parte, sino que es un mero auxiliar del Juez en la práctica de la exploración del menor. En todo caso su intervención en el proceso de menores debe limitarse a solicitar que se oiga al menor en el proceso de familia y participar en el mismo como auxiliar del Juez cuando éste lo requiera y en todo caso de forma excepcional.

A continuación analizaremos los medios de prueba que en mi opinión generan mayores dificultades desde un punto de vista práctico.

- a) La exploración de menores.

Como he indicado la práctica de este medio de prueba se prevé en el artículo 92.6 del Código Civil y en el artículo 770.4 LEC.

La regla general es que se deben oír a los menores cuando éstos tengan más de doce años o cuando siendo menores éstos tuvieran suficiente juicio. Tal como está redactado el artículo 770.4 LEC la audiencia tiene carácter necesario en todo caso ya que si son mayores de doce años se regula como necesaria y si son menores realizarse la exploración de menores para delimitar si tienen “suficiente juicio”.

Es esencial delimitar la naturaleza jurídica de este medio de prueba para determinar el régimen aplicable a su práctica. Tal como he afirmado anteriormente entiendo que es un reconocimiento judicial de personas, con lo que se aplican en su práctica los artículos 353 y ss. LEC, en especial el artículo 355 LEC que regula el reconocimiento de personas:

“1. El reconocimiento judicial de una persona se practicará a través de un interrogatorio realizado por el tribunal, que se adaptará a las necesidades de cada caso concreto. En dicho interrogatorio, que podrá practicarse, si las circunstancias lo aconsejaren, a puerta cerrada o fuera de la sede del tribunal, podrán intervenir las partes siempre que el tribunal no lo considere perturbador para el buen fin de la diligencia.

2. En todo caso, en la práctica del reconocimiento judicial se garantizará el respeto a la dignidad e intimidad de la persona”.

El Tribunal debe aplicar lo previsto en el artículo 355 y 770.4 LEC, por lo que en aquellos casos en que el menor tenga menos de doce años deberá delimitar en primer lugar si tiene juicio suficiente o no y a continuación realizarle las preguntas que estime convenientes sobre cuestiones relacionadas con hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medida que afecten a hijos menores o incapacitados.

La práctica de este medio de prueba no suele realizarse ni en la Sala del Tribunal ni en presencia de la totalidad de las partes, especialmente los progenitores. Se intenta evitar una mayor presión psicológica del menor. Por ello se suele realizar en el despacho del Juez en presencia de éste y del Ministerio Fiscal en aquellos casos en que haya comparecido y del Equipo Técnico Judicial cuando así lo acuerde el Juez, pero éste último interviene con la única finalidad de auxiliarle en la interpretación de sus manifestaciones ya que el objetivo es proteger el interés del menor. En este punto la labor del Equipo Técnico Judicial o el perito, en caso de practicarse conjuntamente con la prueba pericial tal como prevé el artículo 357 LEC, es auxiliar al Juez para ayudarle a interpretar correctamente la declaración

del menor. Pero nunca debe sustituir al Juez en la decisión sobre las medidas más adecuadas en el caso concreto.

Lamentablemente los Equipos Técnicos Judiciales se han excedido en las funciones atribuidas en la LEC y en el Código Civil, habiéndolo hecho con la autorización de los órganos judiciales. Además de las numerosas resoluciones judiciales en las que el Juez adopta las medidas propuestas por el Equipo Técnico Judicial al margen del procedimiento legalmente establecido y en perjuicio del derecho de defensa de las partes, tal como expondremos a continuación, algunos Tribunales sustituyen la exploración de menores por la declaración que éstos efectúan ante el Equipo Técnico Judicial sin estar presente el Juez.

En este sentido se ha pronunciado la Sentencia del Tribunal Constitucional 163/2009, de 29 de julio de 2009, que deniega el amparo en un caso en el que ni el Juzgado ni la Audiencia Provincial practicó la exploración del menor porque afirmaban que ya se había realizado por el Equipo Técnico Judicial. El recurrente en amparo alega la infracción del artículo 24.2 de la Constitución por haberle ocasionado indefensión. En mi opinión esta Sentencia no legitima la práctica de determinados órganos judiciales, sino que debe limitarse al caso concreto sin poder convertirse en la regla general. Cuando un Juzgado inadmite la práctica de este medio de prueba debe formularse protesta y volver a plantearlo en el recurso de apelación, recordándole al Tribunal que la exploración del menor tiene carácter necesario y que debe practicarse por el Órgano Jurisdiccional ya que la totalidad de las pruebas deben realizarse ante él ya que la LEC diseña un procedimiento oral. En el mismo la no presencia del Juez en el acto de práctica de la prueba implica la nulidad de pleno derecho de las actuaciones, tal como prevé el artículo 137.3 LEC.

Finalmente la práctica de este medio de prueba debe realizarse después del acto del juicio y dentro del plazo de 30 días previsto en el artículo 770.4 LEC. No puede practicarse antes porque las partes, que habitualmente no van a estar presentes en la realización de la exploración del menor, deben tener la posibilidad de delimitar el objeto y alcance del mismo. Todo ello sin perjuicio de que el Juez puede decidir ampliarlo, pero lógicamente comunicándoselo a los cónyuges para que puedan realizar las alegaciones que estimen adecuadas en el ejercicio de su derecho de defensa.

La práctica de la prueba, bien de oficio o a instancia de parte, deberá realizarse de conformidad con lo previsto en el artículo 291 LEC que prevé que “las partes serán citadas con antelación suficiente, que será al menos de cuarenta y ocho horas,

para la práctica de todas las pruebas que hayan de practicarse fuera del juicio o vista”.

b) El dictamen pericial.

La totalidad de los operadores jurídicos afirman que en el proceso de familia es imprescindible que el Órgano Jurisdiccional tenga conocimientos psicológicos para poder decidir sobre el régimen de custodia o de visitas cuando haya hijos menores. Cuando el Órgano Judicial carece de ellos deben aportarse al proceso a través de la prueba pericial.

El dictamen pericial podrá aportarse al proceso por las partes (dictamen pericial de parte) u ordenarse su práctica por el órgano jurisdiccional (dictamen pericial judicial), bien de oficio (art. 339.5 LEC) o a instancia de parte.

A nivel teórico el perito debe aportar las máximas de la experiencia respecto del material fáctico existente en el proceso, pero el legislador no desconoce que en ocasiones deberá realizar una investigación personal para poder aportarlas. En este sentido el artículo 345.1 LEC prevé que las partes y sus defensores podrán presenciar unas y otras. Además las partes pueden solicitar estar presentes en las operaciones periciales, decidiendo el tribunal lo que proceda y, en caso de admitir esa presencia, ordenará al perito que dé aviso directamente a las partes (art. 345.2 LEC).

Desde una perspectiva práctica debe distinguirse entre el dictamen pericial de parte y el dictamen pericial judicial.

Respecto del dictamen pericial de parte es indudable que el perito se va a encontrar ante una situación conflictiva derivada de la ruptura matrimonial. Ello motivará, que salvo que las partes hayan acordado de mutuo acuerdo y de forma extraprocésal, su práctica al menos uno de los miembros de la pareja no se someterá a las entrevistas imprescindibles para que se pueda emitir un dictamen adecuado técnicamente. En el dictamen pericial se deberán recoger las circunstancias en que se ha realizado y el alcance del mismo para que el Órgano Judicial lo puede interpretar correctamente. Si no se hiciera así las partes y el órgano judicial podrán solicitar al perito aclaraciones sobre estos extremos y otros que considere convenientes.

El dictamen pericial judicial adolece del mismo riesgo, pero en este caso judicialmente se le concede más relevancia por el carácter aparentemente imparcial de perito ya que el mismo está sometido al régimen previsto en los

artículos 341 y ss. de la LEC. A la vista de las máximas de la experiencia que aporte y de la colaboración que hayan prestado las partes a la emisión del dictamen pericial el órgano jurisdiccional podrá emitir el juicio más adecuado respecto de la custodia o el régimen de visitas del menor. Además el perito tiene que ser imparcial y objetivo. Por ello precisamente el artículo 343 LEC prevé que “sólo podrán ser objeto de recusación los peritos designados judicialmente”.

La función del perito en el proceso matrimonial es ayudar al órgano jurisdiccional a resolver el régimen de custodia y de visitas de los hijos menores de edad.

c) La intervención de los Equipos Técnicos Judiciales.

La reforma del Código Civil a través de la Ley 15/2005 ha delimitado la intervención del Equipo Técnico Judicial en el proceso de familia en el sentido indicado anteriormente²¹. El artículo 92.5 Ccv indica claramente que los miembros del Equipo Técnico Judicial intervienen en la exploración de menores auxiliando al órgano jurisdiccional en su práctica. Por otro lado, el artículo 92.9 del Código Civil prevé que en el proceso matrimonial se puede aportar el dictamen de especialistas sobre cualquiera de los extremos que deban discutirse y que precisen de unos conocimientos técnicos.

a') La intervención en la exploración de menores.

Ya hemos analizado como la exploración de menores tiene la consideración de un reconocimiento judicial de personas que debe realizarse en la forma prevista en la ley para la práctica de este medio de prueba, con la especialidad del artículo 770.4 LEC; en este caso el Juez puede ordenar que intervenga en su práctica el Equipo Técnico Judicial. Esta es la única especialidad prevista legalmente para la práctica de este medio de prueba en el proceso de familia, sin que se puedan crear especialidades procesales al margen de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Es esencial remarcar que la finalidad de la práctica de la exploración de menores es única y exclusivamente conocer la voluntad real del menor. Desde esta perspectiva el Equipo Técnico Judicial debe aportar al Juez los conocimientos psicológicos necesarios para determinar cuál es la voluntad del menor, pero en

²¹ Ver ampliamente el estudio que he realizado en “La intervención de especialistas en el proceso de familia”, publicado en la *Revista Jurídica de Catalunya*, 2009, número 1, páginas 157 y ss.

ningún caso puede realizar valoraciones sobre lo transmitido por el menor ni indicarle al órgano jurisdiccional la solución más adecuada desde el punto de vista psicológico. Las razones son las siguientes:

- porque su intervención en la práctica de dicho medio de prueba no es realizar un dictamen pericial, sino ayudar al Órgano Jurisdiccional a conocer la voluntad real del menor. Precisamente por ello la práctica de dicho medio de prueba se realiza de manera informal en el mismo despacho del juez intentando lograr un ambiente relajado.
- porque el Órgano Jurisdiccional no va a tomar la decisión sobre la guarda y custodia sólo teniendo en cuenta el resultado de dicha exploración, sino tomando en consideración todo el material fáctico y probatorio desplegado en el proceso. Al no tener conocimiento el Equipo Técnico Judicial del mismo no podrá llegar a una conclusión válida.
- porque para que realmente el Equipo Técnico Judicial esté en condiciones de realizarlo debería realizar la investigación psicológica necesaria, lo que no se logra ni con la intervención en la práctica de la exploración ni con el análisis del material fáctico del proceso.
- porque el Equipo Técnico Judicial puede solicitar que se practique la exploración de menores, por lo que sería totalmente contradictorio con esta función la emisión de un dictamen pericial al respecto. Además recordemos que el órgano jurisdiccional es el que debe ordenar la práctica de los medios de prueba que estime pertinentes.

A modo de conclusión debemos limitar la intervención del Equipo Técnico Judicial en la práctica de la exploración de menores a la de un auxiliar del órgano jurisdiccional para que éste conozca la voluntad del menor.

b') El dictamen de peritos.

En todo caso es indudable que en el proceso de familia confluyen unos intereses que hacen aconsejable la intervención de psicólogos. Su intervención debe realizarse a través del dictamen de peritos y deberá practicarse conforme a las disposiciones de la LEC.

El artículo 1 LEC prevé que en los procesos civiles, los tribunales y quienes ante ellos acudan e intervengan deberán actuar con arreglo a lo dispuesto en esta Ley, y el artículo 289 LEC establece que las pruebas se practicarán

contradictoriamente, regulándose los medios de prueba en el artículo 299, entre los que se encuentra en su párrafo primero, apartado 4º, el dictamen de peritos, disciplinándose su tramitación en los artículos 335 a 352 LEC.

Es necesario compatibilizar el derecho esencial del menor, que debe prevalecer en todo proceso matrimonial, con la necesidad de garantizar a las partes litigantes un procedimiento con todas las garantías. El dictamen pericial debe aportarse al proceso antes de la vista y permitir que las partes puedan solicitar las aclaraciones pertinentes al perito responsable del mismo de conformidad con los principios de inmediación y contradicción, debiendo sujetarse el dictamen de peritos especialmente cualificados a las previsiones de los artículos 339 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Y así, en esta materia, es realmente relevante tener presente las iniciativas que han venido llevando a cabo los distintos Colegios Profesionales, como el Colegio de Psicólogos de Barcelona, que desde hace años ha formalizado un turno de intervención pericial entre sus colegiados²².

ORTUÑO MUÑOZ²³ ha delimitado las siguientes pautas para la práctica de la prueba pericial psicológica, cuando sea solicitada por las partes o el juez la entienda necesario, en el ámbito de la fase probatoria:

- a) Determinación concreta y específica de la pericia por parte del juez, rechazando las pretensiones de las partes que tengan un objeto inadecuado sobre “cual de los dos progenitores está más capacitado para el ejercicio de las responsabilidades parentales”, **ya que tal determinación sólo al juez compete hacer.**
- b) Expresión en el dictamen de la metodología utilizada por el perito, siendo necesaria la explicación del camino seguido en la investigación pericial.
- c) Consignación de los datos de mayor interés, resultantes de la actividad profesional, que serán la base de la apreciación del trabajo del perito y su carácter objetivable, pues su intervención es de naturaleza científica y, en consecuencia, el trabajo realizado podrá ser contrastado con el de otros profesionales que hayan intervenido o puedan intervenir y
- d) Elaboración de conclusiones que sean congruentes con el objeto de la pericial que haya sido solicitada por el juez, sin olvidar que el perito no es quien juzga, sino el que auxilia al juez para que lo haga, por lo que deberá

²² ORTUÑO MUÑOZ, en “el Dictamen de especialistas como prueba pericial sui generis en el derecho de familia y la mediación”, en *Poder Judicial*, número 37, pág. 200.

²³ En op. cit., pág. 196.

ser claro y preciso en la expresión de su diagnóstico, y de las circunstancias relevantes para que, en base a ellas, pueda construirse un discurso jurídico-lógico que culminará en la decisión judicial.

Podemos concluir que con la reforma de la Ley 15/2005 el Equipo Técnico Judicial adscrito a los Juzgados de Familia no puede efectuar informes sobre la idoneidad de los progenitores para ostentar la guarda y custodia o como debe conformarse la relación de los menores con el progenitor no custodio, sino que su función debe incardinarse en auxiliar al Juez en la práctica de las exploraciones judiciales de los menores, cuando así lo requiera el Juez. Para que pudiera realizar la función indicada es imprescindible que se regule su composición y funcionamiento, además de reformar la LEC para permitir su intervención en el proceso de familia respetando los derechos de las partes procesales.

c') Sobre la posibilidad de que el Equipo Técnico Judicial sea designado perito.

Como premisa previa debemos recordar que el Equipo Técnico Judicial carece total y absolutamente de regulación²⁴. Además en muchas ocasiones realizan otras funciones como la intervención en el proceso penal de menores.

El Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (aprobado por Real Decreto 1774/2004), desarrolla la intervención del Equipo Técnico en el proceso penal de menores en el artículo 4. Así mismo en la Ley de Responsabilidad Penal del Menor se regula su intervención en el artículo 27, en el que se prevé expresamente que “durante la instrucción del expediente el Ministerio Fiscal requerirá del equipo técnico... la elaboración de un informe...”. En el proceso de familia falta un precepto legal en este sentido.

Por ello debe plantearse la posibilidad de que el Equipo Técnico sea designado perito. En la práctica forense debemos constatar que se solicitan los informes de oficio por el Órgano Jurisdiccional o a instancia de parte a estos servicios dependientes de las Comunidades Autónomas.

La LEC regula la designación del perito en el artículo 339.4 y 5 LEC. Si se ha solicitado el dictamen pericial por las partes y existe acuerdo entre ellas se puede designar a una persona o determinada entidad. En su defecto se designará de

²⁴ En Catalunya esta función ha sido realizada por el Servicio de Asesoramiento Técnico y de Atención a la Familia (SATAF). Ver ampliamente el estudio normativo realizado por Carlos VILLAGRASA ALCAIDE e Yvonne COLLADO FIGUERAS, en “la Protección Jurídica de la Infancia”, en *Criterios de la Audiencia Provincial de Barcelona sobre Protección de Menores*, Barcelona, 2003, referencia VLEX <http://vlex.com/vid/254094>.

conformidad con lo previsto en el artículo 341 LEC que prevé que “en el mes de enero de cada año se interesará de los distintos Colegios profesionales o, en su defecto, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas a que se refiere el apartado segundo del artículo anterior el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos. La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Secretario Judicial, y a partir de ella se efectuarán las siguientes designaciones por orden correlativo”.

El artículo 339.5 LEC prevé que “el tribunal podrá, de oficio, designar perito cuando la pericia sea pertinente en... procesos matrimoniales”. Dicho precepto autoriza al órgano jurisdiccional a designar a la persona concreta que debe realizar el dictamen pericial.

La LEC también prevé en su artículo 340 LEC que se encargue el dictamen pericial a una Academia o instituciones culturales y científicas que se ocupe del estudio de las materias correspondientes a la pericia. En este caso dicha institución deberá expresar “a la mayor brevedad qué persona o personas se encargarán directamente de prepararlo”. Pero sólo podrá ser designada una institución si hay acuerdo entre las partes. Para ello será necesario que las partes hayan llegado a un acuerdo o sea designado de oficio por el órgano jurisdiccional de conformidad con lo previsto en el artículo 339.5 LEC.

Una cuestión distinta es si se puede incluir al Equipo Técnico Judicial en la condición de Academia o instituciones culturales y científicas. En mi opinión ello no es posible ya que nos hallamos ante un órgano administrativo que no tiene la consideración que requiere el artículo 340 LEC para que pueda intervenir en calidad de peritos.

Por ello debemos concluir que con la regulación actual de la LEC el Equipo Técnico Judicial sólo podrá intervenir como perito cuando las partes hayan llegado a un acuerdo para designarlo, pero no de oficio porque el órgano jurisdiccional debe atenerse al procedimiento previsto en el artículo 341 LEC que no le permite designar directamente al Equipo Técnico Judicial como perito. En el resto de supuestos legalmente no se les puede designar como peritos.

Además, es lógico que no puedan ser designados porque el Equipo Técnico, que recordemos que es un órgano administrativo que depende del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas, realiza otras funciones en el proceso de familia que le hace incompatible con su actuación en el mismo con el carácter de perito ya que puede solicitar que se realice la

exploración del menor. La ley no indica en qué concepto va a intervenir en el proceso ni como ha tenido conocimiento de la situación concreta. Pero debe inducirse que cuando el Equipo Técnico haya tenido conocimiento de la situación del menor y de su entorno familiar como consecuencia de las funciones que tiene atribuidas en la prestación de la asistencia social por el Estado, podrá intervenir en el proceso solicitando la exploración del menor por parte del órgano judicial.

e') Sobre la posibilidad de que los integrantes del Equipo Técnico intervengan en el proceso como testigo.

Una vez concluido que los integrantes del Equipo Técnico Judicial no pueden intervenir en el proceso en calidad de perito debemos plantearnos la posibilidad de que intervenga como testigo cuando haya tenido conocimiento personal de los hechos. Al respecto debe tenerse en cuenta que el Equipo Técnico Judicial es un órgano administrativo dependiente del Ministerio de Justicia o de las Comunidades Autónomas con competencias asumidas. En el primer caso parece que no se planteará dicha cuestión ya que estarán adscritos a un Órgano Jurisdiccional y difícilmente habrán tenido un conocimiento previo de estos hechos. En el segundo dependerá de la organización administrativa, pero puede suceder que se le dote de competencias sociales como asistencia a los menores en el ámbito social. En este caso los miembros de los Equipos tendrán conocimiento personal de hechos que pueden ser relevantes a efectos procesales. Si ello es así y no tienen la obligación de guardar secreto podrán intervenir en el proceso en calidad de testigos.

La declaración testifical se podrá acordar de oficio o a instancia de parte. Se practicará de conformidad con los artículos 360 y ss. LEC. Además por el carácter de especialistas que tienen podrán realizar manifestaciones en virtud de los conocimientos científicos que tengan (art. 370.2 LEC).

9- CONCLUSIONES.

Una de las cuestiones más controvertidas que se han planteado en el juicio verbal es la posibilidad o no de que se admitan las conclusiones al finalizar el acto de la vista. La práctica de los tribunales ha sido contradictoria generando inseguridad jurídica. La reciente Ley de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva oficina judicial modifica el artículo 753 LEC, que es de aplicación a todos los procesos regulados en el Libro IV de la LEC salvo que expresamente se disponga otra cuestión. La reforma consiste en distribuir la competencia entre el

órgano judicial y el Secretario Judicial en el primer apartado y en añadir un segundo apartado. Este segundo apartado prevé que:

“ En la celebración de la vista de juicio verbal en estos procesos y de la comparecencia a que se refiere el artículo 771 de la presente ley, una vez practicadas las pruebas el Tribunal permitirá a las partes formular oralmente sus conclusiones, siendo de aplicación a tal fin lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 433.”.

El contenido de las conclusiones viene delimitado por el artículo 433 en sus apartados 2, 3 y 4 de la LEC y es el siguiente:

- Analizar los hechos relevantes, distinguiendo entre los que han sido admitidos y los que son controvertidos.
- En el caso de los hechos controvertidos analizar la prueba practicada e indicar cuando sea de aplicación una presunción.
- En el caso de que la parte entienda que un hecho controvertido no ha resultado acreditado, identificar la norma de la carga de la prueba para determinar a qué parte debe perjudicar la falta de prueba del mismo.
- Informar sobre los argumentos jurídicos, sin que se puedan altear en este momento, pudiendo añadir jurisprudencia o preceptos legales.
- Finalmente el Tribunal puede conceder a las partes la palabra para que informen sobre las cuestiones que le indique.

10-DILIGENCIAS FINALES.

Otra de las cuestiones que se plantean en el ámbito del juicio verbal, y por extensión en el proceso de familia por la remisión a dicho procedimiento que se efectúa en el artículo 753 LEC, es si se permite la práctica de diligencias finales.

En el caso del proceso de familia la práctica de estas diligencias debe venir matizada por la posibilidad de que las pruebas que no se puedan practicar en el acto de la vista se realicen en el plazo de 30 días de conformidad con lo previsto para cada medio de prueba. Además debe indicarse que la jurisprudencia se ha pronunciado de forma contradictoria sobre dicha posibilidad, pero existe una tendencia generalizada a permitir la práctica de las diligencias finales en el juicio verbal en general y, en especial, en el proceso de familia. En este sentido se

pronunció el Acuerdo no jurisdiccional alcanzado en la reunión de los Magistrados de las secciones 22 y 24 de Familia de la AP de Madrid²⁵.

Por ello debemos concluir que actualmente se permiten la práctica de diligencias finales en los procesos de familia, si bien su necesidad debe matizarse con la posibilidad de practicar prueba en los treinta días siguientes a la celebración de la vista cuando no hubiera sido posible practicarla en el acto de la misma.

11- SENTENCIA.

Finalmente el Juez dictará la sentencia, debiendo pronunciarse sobre la totalidad de los pronunciamientos que se hubieran acumulado en el proceso matrimonial y especialmente sobre el contenido previsto en el artículo 774 LEC.

El artículo 774 LEC regula el contenido de la sentencia del proceso matrimonial. El mismo prevé que en la sentencia el Tribunal resolverá sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por las partes y en defecto de acuerdo el tribunal determinará en la sentencia “las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna.

En el caso de las medidas solicitadas de común acuerdo las facultades del Juez varían en función de la naturaleza del objeto del acuerdo. Si el mismo se ha producido en relación con las pretensiones económicas de los cónyuges, que recordemos que son dispositivas para las partes, el Tribunal estará limitado por el mismo y podrá no aprobarlas en el caso de que se cause un perjuicio grave para alguno de los cónyuges, se hiciera en fraude de ley, en perjuicio de terceros o fuera contraria a alguna norma de ius cogens.

Contra la sentencia que se dicte cabrá recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de conformidad que no tendrá efecto suspensivo. También prevé expresamente el artículo 774.5 LEC que si el recurso se interpusiera sólo sobre los pronunciamientos relativos a las medidas se declarará la firmeza del relativo a la nulidad, separación o divorcio.

²⁵ Ver ampliamente el artículo de MORENO VELASCO, VICTOR, *Las diligencias finales en los procedimientos de separación, nulidad y divorcio*, en “Diario La Ley”, número 7526, de 6 de octubre de 2009.

12-LAS MEDIDAS PROVISIONALES PREVIAS AL INICIO DEL PROCESO.

Las medidas provisionales se regulan en los artículos 771 a 776 LEC y en los artículos 102 a 106 del Código Civil. La finalidad de las medidas provisionales es regular mientras dure el proceso matrimonial las relaciones entre los cónyuges y en caso de existir con los hijos.

La solicitud de medidas provisionales se puede realizar junto con la demanda o de forma previa al inicio del proceso, debiendo en este caso iniciar el proceso principal en un plazo de 30 días desde la adopción de las medidas (art. 771.5 LEC). La solicitud se regula en el artículo 771 LEC y se prevé que para la presentación de la misma no será necesaria la intervención de abogado ni procurador, si bien deberán estar presentes en el resto de actuaciones.

El órgano judicial competente objetivamente será el Juzgado de Primera Instancia y territorialmente el del domicilio de la parte actora (art. 771.1 LEC).

Una vez presentada la solicitud el Tribunal convocará a los cónyuges y al Ministerio Fiscal, si hubiera hijos menores, a una comparecencia. En la resolución que convoque a las partes el Tribunal puede adoptar medidas relacionadas con la custodia de los hijos, uso de la vivienda y ajuar familiar, sin que quepa recurso alguno.

La comparecencia se celebrará en un plazo de diez días siguientes a la convocatoria, siendo su contenido el siguiente:

- Se intentará un acuerdo entre las partes.
- Si no hay acuerdo se oírán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, además de la que el Tribunal acuerde de oficio. Si no se puede practicar en el acto se señalará una nueva fecha para que se practique en unidad de acto.
- El juez dictará auto en el plazo de tres días, contra el que no cabe recurso alguno.

Una vez interpuesta la demanda el artículo 772 LEC prevé que se unirá a los autos las actuaciones sobre la adopción de dichas medidas, solicitándose testimonio cuando se hubieran acordado por un tribunal distinto del que conoce del proceso de separación, nulidad o divorcio.

Si el Tribunal considera que puede completar o modificar las medidas convocará a las partes a la comparecencia prevista en el artículo 771 LEC.

13-MEDIDAS PROVISIONALES DERIVADAS DE LA ADMISIÓN DE LA DEMANDA.

El artículo 102 del Código Civil regula los efectos de la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio, previendo que:

- Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.
- Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.
Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.
A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil.

Estos efectos tienen carácter automático, debiendo completarse con los efectos previstos en el artículo 103 del Código Civil, que prevé que el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de éstos, las medidas siguientes:

- Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.
Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.
Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular, las siguientes:
 - a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
 - b) Prohibición de expedición del pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.

- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.
- Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.
 - Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las "litis expensas", establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro. Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.
 - Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieren en lo sucesivo.
 - Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.

El procedimiento para la adopción de estas medidas provisionales se regula en el artículo 773 LEC, que se remite a la comparecencia del artículo 771 LEC.

La solicitud puede ser realizada por el cónyuge actor en el escrito de demanda, siendo lo normal que se realice a través de un otrosí de la demanda. Si no lo ha realizado el cónyuge demandado puede solicitarlas en la contestación a la demanda. En este supuesto el artículo 773.4 LEC prevé que se sustanciará en la vista principal si se convoca en los diez días siguientes y debiendo resolver a través de un auto cuando no pueda dictar la sentencia inmediatamente después de la vista.

Contra el auto que se dicte no cabe ningún tipo de recurso y las medidas provisionales se sustituirán por las que se adopten en la sentencia como medidas definitivas o cuando se ponga fin al proceso por cualquier otro medio.

Además recordemos que se podrá instar la modificación de las medidas

provisionales cuando se modifiquen las circunstancias que fueron tenidas en cuenta en la adopción de las medidas.