

Procesos de nulidad, separación y divorcio

Medidas previas, provisionales y definitivas



JULIO GARCÍA CASAS

PROF. TITULAR DE DERECHO PROCESAL.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DCHO. PENAL Y PROCESAL. UNIVERSIDAD DE SEVILLA

Procesos de nulidad, separación y divorcio

Medidas previas, provisionales y definitivas

JULIO GARCÍA CASAS

PROF. TITULAR DE DERECHO PROCESAL.

DIRECTOR DEL DEPARTAMENTO DE DCHO. PENAL Y PROCESAL. UNIVERSIDAD DE SEVILLA

I. Introducción

En los procesos matrimoniales, que en la normativa procesal vigente acogen las pretensiones de nulidad matrimonial, separación y divorcio, en estos dos últimos casos contencioso o consensuado, las medidas cautelares específicas revisten gran relevancia, porque durante el desarrollo del proceso se impone la necesidad de regular y asegurar cuestiones personales y económicas de los cónyuges entre sí, y con sus hijos en su caso. Cuestiones cautelares específicas, sobre atribución de la guarda y custodia de los hijos y régimen de visitas en su caso, asignación de la vivienda familiar común, disfrute del ajuar familiar, fijación de la contribución a las cargas económicas del matrimonio y medidas sobre el régimen económico matrimonial, que son objeto de decisión en la sentencia que pone fin al procedimiento.

La D.D. 1,10 de la L.E.C. de 2000, ha dejado sin contenido los artículos 1880 a 1900 de la L.E.C. de 1881, pese a que la jurisdicción voluntaria que conforma su Libro III mantiene aún su vigencia en espera de una nueva Ley(1).

Cualquier profesional del Derecho que tenga a su cargo la representación y defensa de las partes procesales, puede dar fe de la importancia que estas medidas tienen en los procesos de nulidad, separación y divorcio del matrimonio. La nomenclatura que acoge estas medidas difiere según el momento procesal en que se solicitan y se adoptan. Para el debido entendimiento de las cuestiones que analiza este Trabajo, las denominaremos desde ahora: medidas previas, o provisionales, medidas provisionales y medidas definitivas, pudiendo solicitarse las primeras con carácter previo a la demanda o, recogiéndose simultáneamente en la misma, tratándose de las segundas, y siendo objeto las últimas de la sentencia final del procedimiento.

El C.C. recoge en el artículo 102 una suerte de efectos que operan de manera automática una vez que se admite a trámite la demanda. No son propiamente

S U M A R I O

- I. Introducción**
- II. Planteamiento**
- III. Disposiciones adicionales de la Ley de 7 de julio de 1981.**
- IV. Las medidas en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, de 7 de enero de 2002**
 - 1. Medidas previas o provisionales
 - 2. Medidas provisionales
 - 3. Medidas definitivas
- V. Ejecución de las medidas**
- VI. Jurisprudencia de Audiencias Provinciales**

medidas cautelares, aunque haya de reconocérseles carácter provisional, y son, la separación de vida en común y la revocación de poderes y consentimientos. En definitiva, los efectos que enumeran los artículos 102 y 103 C.C. (artículo 771.1.I L.E.C.), se producen ope legis, sin necesidad de petición expresa, lo que abunda en la consideración expuesta de que no se trata propiamente de medidas.

Es patente que los expresados efectos sustantivos previstos en el C.C., ni fueron afectados por la Ley de 7 de julio de 1981, ni tampoco ahora por la Ley vigente de 2000, que, como es lógico, contraen su herme-

néutica a aspectos procesales y procedimentales.

A la exposición y exégesis de las medidas que las partes pueden solicitar y que los órganos judiciales tienen la obligación de acordar, previo el estudio de su legalidad, oportunidad o conveniencia, van dedicadas las líneas siguientes.

II. Planteamiento

A partir de 1981 y hasta la entrada en vigor de la nueva Ley, en enero de 2001, las medidas matrimoniales estaban recogidas en los procedimientos de medidas provisionales de la Disposición Adicional 40 de la Ley de 7 de julio de 1981, modificadora del C.C. en materia de matrimonio. Rindiendo tributo al desafortunado método de recoger en disposiciones adicionales los cauces procesales en las causas de nulidad, separación y divorcio, la indicada Ley acogió asimismo las normas de competencia objetiva y territorial aplicables, así como los procesos de nulidad, separación y divorcio y el procedimiento para el reconocimiento de resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico y las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado. En nada se vio modificada la L.E.C. de 1881, habiendo de acudir a dichas disposiciones adicionales.

Promulgada la nueva norma procesal codificada, recoge ésta por vez primera la legislación procesal

ordinaria sobre procesos matrimoniales. La extravagancia de la regulación anterior, con normas fragmentarias, casuísticas y de difícil integración ha encontrado feliz término en el nuevo texto legal, que, como en tantas otras cuestiones ofrece un sistema coherente y completo de preceptos procesales. La nueva Ley regula la materia de los procesos matrimoniales entre los artículos 769 y 778, ambos inclusivos. Es indudable la mejora de la normativa sobre las crisis matrimoniales, sin que la Ley regule procedimientos de ruptura o crisis de la familia no matrimonial(2).

Es indudable que los procesos sobre nulidad, separación o divorcio acogen materias muy heterogéneas, como heterogéneas son la disolución del vínculo, la declaración de nulidad o las relaciones personales y patrimoniales de los cónyuges. Sin embargo desde nuestra óptica procesal la materia que reviste mayor complejidad es la de las medidas provisionales, que se solicitan y se adoptan durante el procedimiento o incluso antes de su comienzo, para devenir en definitivas conforme a la sentencia que las acoge, incluso sin pretensiones de cosa juzgada material, habida cuenta de que las medidas adoptadas pueden modificarse por cambio sustancial de circunstancias; lo que viene a suponer una aplicación del principio de *rebus sic stantibus*.

III. Disposiciones adicionales de la Ley de 7 de julio de 1981

Las medidas que se adoptan en los procesos matrimoniales constituyen una manifestación singular del proceso cautelar. Se trata de instrumentos que el legislador pone en manos de las partes litigantes y del órgano decisor de la contienda, con el fin de garantizar la plena efectividad de los resultados, con la aclaración de que estas cautelas no lo son tanto sobre la relación matrimonial per se cuanto sobre lo que constituyen sus consecuencias derivadas. Estas medidas, objeto del estudio, reúnen todas las características y los efectos propios de las medidas cautelares, lo que va desde el aseguramiento a la anticipación de los resultados(3). Hay que partir del supuesto siguiente: el C.C. en los artículos 102, 103, y 104, distingue entre efectos y medidas provisionales. A los efectos (separación provisional de los cónyuges, revocación de poderes y consentimientos, y cesación de la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge), se refiere el artículo 102. Dichos efectos se producen automáticamente una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio. A las medidas (designación del cónyuge que ha de quedar con los hijos, uso de la vivienda familiar, fijación de expensas y reglas relativas al régimen económico matrimonial) se refiere el artículo 103. Estas medidas afectan a aspectos heterogéneos de las relaciones familiares, y como cautelares que son, sólo se adop-

tan a instancia de parte, según se infiere del artículo 104 y del 1896 de la L.E.C. de 1881.

Las disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, las clasificaban de la siguiente manera. Primero, medidas provisionales previas, y segundo, medidas provisionales coetáneas. En lo que atañe a las primeras, la Disposición Adicional 40.1 remitíase para su adopción a los tramites establecidos en los arts. 1884, 1885 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil entonces vigente. Había de entenderse, ante la carencia en dichos artículos de reglas de procedimiento, que los artículos aplicables (concordantes) eran los arts. 1881 a 1883, reguladores del procedimiento de medidas provisionales previas a la admisión de una demanda de nulidad, separación o divorcio. El procedimiento comenzaba con una demanda interpuesta por el cónyuge que se propusiere demandar la nulidad, la separación o el divorcio de su matrimonio, conforme al art. 104.1 del Código Civil, dirigida al Juez de Primera Instancia, o en su caso al de Familia, de su domicilio.- El Juez, admitida la demanda, citaba a ambos cónyuges y en su caso al Ministerio Fiscal (de acuerdo con la Disposición Adicional 80.1) a una audiencia a celebrar dentro del plazo más breve posible. La ley concedía al Juez una amplia discrecionalidad en el otorgamiento de las medidas solicitadas (arts. 103 del C.C. y 1881 de la L.E.C. anterior), y contra el Auto en que se adoptaran, el art. 382 de la L.E.C. 1881 concedía el pertinente recurso de apelación.

Es obvio que los efectos y medidas provisionales adoptadas con carácter previo, tenían una duración temporalmente limitada, de forma que se extinguían si, transcurridos treinta días desde su adopción, no se presentaba la correspondiente demanda ante el Juez competente, plazo que podía ampliarse si el demandante de la medida acreditaba ante el Juez que, por causa que no le era imputable, le había sido imposible interponer la demanda (artículo 1885.II L.E.C. 1881). En un orden lógico de cuestiones, interpuesta la demanda las medidas provisionales previas subsistían mientras no eran sustituidas por otras medidas provisionales coetáneas o simultáneas.

En lo que concierne a estas últimas, las medidas podían adoptarse mediante acuerdo de los cónyuges judicialmente aprobado (artículo 103.1 C.C.). En defecto de acuerdo, la resolución judicial sobre medidas se dictaba tras los trámites de los artículos 1896 y siguientes de la anterior Ley. Así lo estatúa la D. Adicional 41.II. El auto que se dictaba no era recurrible, pero cabía formular oposición que se tramitaba por el procedimiento de los incidentes. De acuerdo con la misma lógica las medidas provisionales coetáneas se extinguían cuando eran sustituidas por las definitivas ordenadas en la sentencia (artículo 106 C.C. o en ejecución de la misma, artículo 91 C.C.), y finalmente cuando se ponía fin al procedimiento de otro modo (artículo 106.I C.C. y 1983 y 1984 de la anterior Ley de enjuiciar)(4).

Hay que observar que si la sentencia no hacía alusión ni fijaba medida alguna, las adoptadas antes o durante el proceso debían entenderse subsistentes hasta que fueran sustituidas por otras o pierdan su razón de ser. Una abundante jurisprudencia de las Audiencias Provinciales sancionó que la vigencia de las medidas provisionales finalizaba siempre que se dictare sentencia, aunque no hubiera ganado firmeza, careciendo de sentido desde ese momento la continuación del incidente de oposición (Sentencias A.P. Murcia, de 28 de octubre de 1994, entre otras). Pero lo que resulta obvio es que una vez firme la sentencia, era imposible seguir ejecutando lo acordado en un auto de medidas provisionales.

De lo anteriormente transcrito se desprende que lo pretendido por el legislador de 1981 fue la sustanciación de un procedimiento lo más breve posible, rodeado empero de un mínimum imprescindible de garantías. Y lo que resultaba de pura lógica era que no cabía solicitar medidas provisionales cuando al futuro proceso matrimonial de divorcio, había precedido sentencia de separación con las oportunas medidas. Así se infería de una reiterada jurisprudencia, por conocida de innecesaria cita.

En lo que se refiere a las medidas provisionales propiamente dichas es decir, a las adoptadas en el curso del procedimiento principal, es preciso sostener que las medidas se adoptaban siempre a instancia de parte, medie o no acuerdo, pese a los términos tajantes e imperativos que utiliza el artículo 103 C.C.. Y respecto de la naturaleza del procedimiento para la adopción de las medidas provisionales coetáneas, tratábase de un incidente del proceso principal, de tramitación simultánea, que había de sustanciarse en piezas separadas, sin suspender en ningún caso el curso del proceso principal. El incidente se decidía mediante auto, que debía dictarse en el plazo de tres días desde la audiencia de las partes o desde la última diligencia de prueba. Repetimos que el auto que las adoptare no era susceptible de recurso alguno, admitiéndose sólo la impugnación consistente en un incidente de oposición, que habría de presentarse en el plazo de ocho días contados desde la notificación, sustanciándose también en piezas separadas y por los trámites establecidos para los incidentes, de tal modo que en ningún caso se paralizaba la ejecución de las medidas adoptadas en el auto(5).

No tiene sentido que nos refiramos en este apartado de las Disposiciones Adicionales de la Ley de 7 de julio de 1981, a las medidas definitivas que se adoptaban en las sentencias, remitiéndonos en consecuencia a los efectos y medidas que los Tribunales acuerdan en los nuevos procedimientos de nulidad, separación y divorcio instaurados por la nueva L.E.C., con ocasión de los cuales haremos las reflexiones oportunas en el siguiente apartado de este trabajo.

IV. Las medidas en la nueva Ley

de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2002

Las Disposiciones Adicionales de la Ley 30/1981, que en realidad era sólo una compuesta de diez normas procesales, se dictaron con una clarísima vocación de provisionalidad, pues, literalmente se establecía en tanto no se modifique la L.E.C.(6)

La aludida modificación de la L.E.C. era realmente su reforma, pues nada había que modificar. Es por consiguiente en la nueva Ley donde encontramos por vez primera en la historia del Derecho procesal español una regulación completa, o al menos muy avanzada de los procesos matrimoniales, frente a la dispersa y caótica regulación anterior constituida por el C.C., la L.E.C. de 1881 y las Disposiciones Adicionales de la Ley 30/1981. Las nuevas especialidades legislativas se recogen en el Capítulo IV del Título I del Libro Tercero de la nueva Ley. Con ocasión de los dos tipos esenciales de procesos, el de separación, nulidad o divorcio, en que se ejerciten acciones al amparo del Título IV del Libro I del C.C., y los procedimientos de separación o divorcio solicitados por los cónyuges de común acuerdo, o por uno de ellos con el consentimiento del otro, el nuevo texto legal contempla a partir del artículo 771 L.E.C. las denominadas medidas provisionales.

Debe partirse ante todo de la complejidad que revisiten estos procesos matrimoniales. No se ventila en ellos solo la disolución del vínculo conyugal o la separación entre los cónyuges o la nulidad del vínculo, pues hay cuestiones de índole personal, familiar o patrimonial que deben ser resueltas definitivamente en la sentencia, pero que requieren en gran número de casos una regulación inmediata siquiera sea provisional. El art. 771 acoge las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio, que conforme al artículo siguiente, 772, pueden confirmarse tal como se pide o modificarse cuando el Tribunal resuelva sobre la admisión de la demanda, medidas que puede adoptar, una vez iniciado el proceso a solicitud del demandante o del demandado (art. 773). Ni que decir tiene que el Tribunal deberá pronunciarse en la sentencia, adoptando medidas con carácter de definitivas, dejando sin efecto a las provisionales a las que sustituyen (art. 773.5).

1. Medidas previas o provisionales

ARTÍCULO 771. Medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio. Solicitud, comparecencia y resolución.

1. El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos o medidas a que se refieren los arts.

102 y 103 del Código Civil ante el Tribunal de su domicilio. Para formular esta solicitud no será precisa la intervención de procurador y abogado, pero sí será necesaria dicha intervención para todo escrito o actuación posterior.

2. A la vista de la solicitud, el Tribunal mandará citar a los cónyuges, y si hubiere hijos menores o incapacitados, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia, que se celebrará en los diez días siguientes. A dicha comparecencia deberá acudir el cónyuge demandado asistido por su abogado y representado por su procurador.

En la misma resolución podrá acordar de inmediato, si la urgencia del caso lo aconsejare, los efectos a que se refiere el art. 102 del Código Civil y lo que considere procedente en relación con la custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares. Contra esta resolución no se dará recurso alguno.

3. En el acto de la comparecencia a que se refiere el apartado anterior, si no hubiera acuerdo de los cónyuges sobre las medidas a adoptar, o este, oído en su caso, el Ministerio Fiscal, no fuere aprobado en todo o en parte por el Tribunal, se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que estos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el Tribunal acuerde de oficio. Si alguna prueba no pudiera practicarse en la comparecencia, se señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes.

La falta de asistencia, sin causa justificada, de alguno de los cónyuges a la comparecencia podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por el cónyuge presente para fundamentar sus peticiones sobre medidas provisionales de carácter patrimonial.

4. Finalizada la comparecencia o, en su caso, terminado el acto que se hubiera señalado para la práctica de la prueba que no hubiera podido producirse en aquélla, el tribunal resolverá, en el plazo de tres días, mediante auto, contra el que no se dará recurso alguno.

5. Los efectos o medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo solo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción, se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio.

Debe destacarse ante todo que la nueva Ley regula tres procedimientos distintos para la adopción de las medidas provisionales, lo que en opinión de Gómez Colomer, resulta una complicación innecesaria(7), porque, si se trata de medidas previas a la demanda, aplicase el procedimiento contenido en el transcrito art. 771, y que no reiteramos por innecesario. En cambio cuando se trata de confirmar o modificar las medidas adoptadas previas a la demanda, al admitir-

se ésta, se aplica el procedimiento previsto en el art. 772, como más tarde veremos, con una sola comparecencia si el Juez decide que hay que completarlas o modificarlas. Finalmente, cuando no se hayan solicitado antes, el cónyuge que solicite la nulidad, separación o divorcio puede pedir en su demanda, de manera unilateral, o mediando acuerdo con su cónyuge, y también el cónyuge demandado cuando el actor no haya realizado la correspondiente petición, la adopción de medidas provisionales (coetáneas o simultáneas), por el procedimiento fijado en el art. 773, con vigencia hasta su sustitución por las definitivas, o hasta que se ponga fin al procedimiento de otro modo (art 106 del Código Civil, y 773.5 de la L.E.C.)

La nueva L.E.C. introduce pues una nueva clase de medidas provisionales, que se denominan medidas previas urgentes. Para dictarse estas medidas, que se circunscriben como dice el precepto antes transcrito, a las de los efectos del art. 102 del Código Civil y las medidas de custodia de los hijos y uso de la vivienda y ajuar familiares del art. 103, el tribunal deberá apreciar que la urgencia del caso lo aconsejare. Es lógico pues pensar que habrá de acreditarse de alguna forma dicha urgencia(8).

Con la adopción de estas medidas previas urgentes no se persigue asegurar la sentencia que se dicte en el proceso principal, aunque revistan los caracteres propios de las medidas cautelares previstas en los arts. 726 y 727 de la L.E.C., sino otorgar una protección sumarisima al cónyuge que se proponga iniciar su proceso matrimonial facilitándole el acceso a la tutela jurisdiccional, opinión ésta de Faustino Cordón Moreno, que comparto plenamente(9).

Los efectos que prevé el art. 102 del Código Civil se producen por ministerio de la ley desde la admisión de la demanda, por lo que en puridad no se trata de medidas gobernadas por el principio dispositivo, adelantando con carácter provisional los efectos de la sentencia, siempre que la demanda se articule y se presente dentro del plazo de 30 días, que yo reputo de caducidad y no de prescripción, pues su interrupción por actos procesales de la parte dilataria innecesariamente la presentación de la demanda principal. Dichos efectos no son otros que la posibilidad de los cónyuges de vivir separados, el cese de la presunción de convivencia conyugal, la revocación de consentimientos y poderes en relación con los artículos 1.375, 1.377 y 1.378 del C.C., el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, y el conjunto de medidas que se desprende del art. 103 y 104 del Código sustantivo, y que no son otras que la atribución de la custodia de los hijos sometidos a patria potestad, régimen de visitas del otro cónyuge, asignación de la vivienda familiar, atribución de bienes y objetos del ajuar familiar, contribución de cada cónyuge a las

cargas del matrimonio, incluidas, si proceden, las litis expensas, etc..

En las medidas descritas no se incluye fijación de pensión compensatoria, que debe adoptarse en la sentencia definitiva, sólo en el supuesto de que haya sido solicitada, de acuerdo con una abundante jurisprudencia, según la cual la fijación del derecho a cobrar una pensión compensatoria no es asumible en el Auto de medidas provisionales coetáneas ni en el de medidas previas o provisionalísimas, habida cuenta del silencio que el artículo 103 C.C. guarda respecto de la fijación de la pensión compensatoria del artículo 97 del propio Código. La razón de que ello sea así radica en que la pensión compensatoria no tiene por finalidad cubrir las necesidades básicas y perentorias del cónyuge. No es, pues, el momento de las medidas provisionales el previsto por la Ley para valorar si la separación o el divorcio van a producir o no desequilibrio económico entre los cónyuges en relación con la situación anterior. Ello constituye un tema pacífico en las resoluciones de las AA.PP (10).

En la interpretación del artículo 771 L.E.C., el Prof. Cerdón Moreno se plantea el problema de la inadmisión de recurso alguno contra los autos que fijan las medidas. Haciéndose eco de la jurisprudencia del T.C. sobre la materia, defiende un criterio más flexible, pues el T.C. ha declarado que los Órganos Judiciales están obligados a interpretar las disposiciones procesales en el sentido más favorable para la efectividad del derecho que consagra el artículo 24.1 C.E., evitando la imposición de formalismos enervantes, contrarios al espíritu y finalidad de la norma, debiendo siempre prevalecer una interpretación teleológica y finalista, que tenga presente el sentido de las formas en el proceso. Yo creo, sin embargo que tal flexibilidad no puede llegar al extremo de habilitar un recurso no previsto por la Ley, porque el derecho al recurso no forma parte del núcleo esencial del derecho a la tutela judicial efectiva; porque las partes sólo tienen derecho al recurso en los casos en que la Ley ordinaria lo autorice, pero no que se cree un recurso inexistente. Visto desde otra perspectiva, las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva pueden imponer excepcionalmente, la admisión del recurso de apelación(11).

También es interesante recordar, desde el punto de vista procedimental que la petición de estas medidas previas no debe hacerse ante el Tribunal al que nos conducen las normas generales de competencia en materia de procesos matrimoniales (artículo 779 L.E.C.), sino ante el Tribunal del domicilio del cónyuge que solicita las medidas(12). Y en cuanto a la urgencia como justificante de la solicitud de la medida, la Ley no exige que se justifique dicha circunstancia, sin embargo y frente a la opinión de Banacloche Palao, yo entiendo, como dije antes, que habrá de

acreditarse alguna justificación de la urgencia para que el Órgano Judicial pueda adoptar la medida. En definitiva la urgencia será valorada por el Juez, pero corresponde a la parte solicitante justificar por qué y con qué carácter solicita la medida. Debemos decir finalmente que, presentada la solicitud y acordada por el Juez la medida procedente, es al comienzo del nuevo proceso cuando el Tribunal deberá pronunciarse sobre la subsistencia o no de las medidas previas acordadas, tal como se infiere del artículo 772 L.E.C.

La cadena de remisiones del artículo 778.2 al 775 y de éste al 770, hace aplicable el proceso contencioso tipo al reconocimiento de la eficacia civil de las resoluciones eclesiásticas con petición de medidas y, por consiguiente, la posibilidad de medidas previas conforme al artículo 771 y coetáneas de acuerdo con el 773 L.E.C (13).

En líneas generales la regulación procedimental que se contiene en este precepto, artículo 771 L.E.C., mejora notablemente la existente en la L.E.C. de 1881(trámite de los incidentes), ya que, según Pérez Martín, evita una duplicación innecesaria de comparecencias para la adopción de medidas -previas y provisionales- en un breve espacio de tiempo(14). La adopción en caso de urgencia de las medidas del artículo 102, sin audiencia de parte contraria y sin ulterior recurso, viene impuesta por la protección frecuente a la víctima de malos tratos, lo que aconseja dotar al Tribunal de la utilización de un medio procesal para evitar nuevas agresiones. Y si se tiene en cuenta que en ocasiones, dictado el auto de medidas previas, las partes pueden alcanzar un acuerdo, quizá hubiera sido deseable prorrogar la vigencia de las medidas a solicitud de ambos cónyuges. El precepto omite sin embargo, medidas cautelares para casos urgentes de violencia familiar y de sustracción de menores, pues estas situaciones exigen una respuesta rápida y eficaz.

Artículo 772. Confirmación o modificación de las medidas provisionales previas a la demanda al admitirse ésta.

1. Cuando se hubieren adoptado medidas con anterioridad a la demanda, admitida ésta, se unirán las actuaciones sobre adopción de dichas medidas a los autos del proceso de nulidad, separación o divorcio, solicitándose, a tal efecto, el correspondiente testimonio, si las actuaciones sobre las medidas se hubieran producido en tribunal distinto del que conozca de la demanda.
2. Sólo cuando el tribunal considere que procede completar o modificar las medidas previamente acordadas convocará a las partes a una comparecencia, que se sustanciará con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior. Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno.

En un orden lógico de cuestiones es necesario pensar, que las actuaciones relativas a medidas provisionales previas queden unidas a los autos principales, dictado auto de admisión de la demanda. Un elemental principio de coherencia y economía procesal así lo aconsejan, subrayándose así la continuidad e identidad de naturaleza entre previas y coetáneas. Lo más destacable de este precepto es Aque la iniciativa para la modificación de las medidas previas corresponde al tribunal, de manera que la solicitud de modificación de las acordadas no vincula en absoluto al tribunal que puede modificarlas(15). Debe resaltarse también que la obligación de unir las actuaciones en que constan las medidas provisionales adoptadas con carácter previo a la demanda, si el tribunal del proceso principal es distinto al que conoció de las medidas, a la propia demanda principal, es una importante novedad procesal de la nueva Ley, lo que hace que desaparezcan las piezas separadas. No deben confundirse tampoco al respecto los criterios que determinan la competencia para conocer del proceso principal, enumerados en el art. 769, con los que fijan la competencia para las medidas previas, referidos en el art. 771.l(16)

Conjugando los arts. 772 y 773, la idea y el deseo del legislador es que las medidas previas continúen vigentes hasta las definitivas de la sentencia, uniéndose las actuaciones al pleito principal. La interpretación conjunta de ambos preceptos, que puede generar una cierta dificultad, permite contemplar tres supuestos distintos: 1) modificación total o parcial de medidas previas. 2) completar las medidas en extremos no regulados, y 3) adopción de medidas simultáneas al proceso principal, en defecto de medidas previas. A estas tres posibilidades alude Joaquín Bayo Delgado en los Comentarios citados a pié de página. La modificación total o parcial es potestad únicamente de oficio del Juez, conforme al art. 772.2, y es lógico que afecte exclusivamente a medidas no sujetas a rogación (pensemos en la pensión compensatoria, que sí lo está). La posibilidad de completar las medidas en un punto no regulado, o es facultad de oficio del Juzgador, o parece también posible a instancia de parte, interpretando ampliamente el art. 773, que más tarde comentaremos. Y finalmente, con respecto a la adopción de medidas simultáneas al proceso principal, en defecto de medidas previas, entendemos que también puede el Juzgador acordarlas de oficio, pues entra dentro de sus facultades tuitivas o de protección, especialmente cuando afecten a menores o incapacitados.

El procedimiento de las medidas provisionales coetáneas es el mismo que el de las previas, aunque sea con distinto contenido. Afortunadamente, las medidas no admiten recurso alguno, y mucho menos el trámite de oposición del viejo proceso, lo que se justifica no solo por la provisionalidad, sino por la impe-

riosa necesidad de no prolongar excesivamente la tramitación del proceso principal. Debe observarse también que la provisionalidad es ahora incluso más corta, pues las medidas definitivas de la sentencia son ejecutivas a pesar de los recursos, conforme al art. 774.5 de la nueva L.E.C.

Hay quien sostiene(17) que el incidente de complemento o modificación de medidas no es otra cosa que la impugnación restringida del auto de medidas previas, tramitándose solo si el tribunal lo estima procedente. También entiendo yo que, en la práctica, difícilmente el tribunal acordará de oficio el complemento o modificación de medidas, debiendo haberse dejado la iniciativa a la solicitud de parte.

2. Medidas provisionales

Artículo 773. Medidas provisionales derivadas de la admisión de la demanda de nulidad, separación y divorcio

1. El cónyuge que solicite la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio, podrá pedir en la demanda lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar, siempre que no se hubieran adoptado con anterioridad. También podrán ambos cónyuges someter a la aprobación del tribunal el acuerdo al que hubieren llegado sobre tales cuestiones. Dicho acuerdo no será vinculante para las pretensiones respectivas de las partes ni para la decisión que pueda adoptar el tribunal en lo que respecta a las medidas definitivas.
2. Admitida la demanda el tribunal resolverá sobre las peticiones a que se refiere el apartado anterior, y, en su defecto, acordará lo que proceda, dando cumplimiento en todo caso a lo dispuesto en el art. 103 del Código Civil.
3. Antes de dictar la resolución a que se refiere el apartado anterior, se convocará a los cónyuges, y, en su caso, al Ministerio Fiscal a una comparecencia, que se sustanciará según lo previsto en el art. 771. Contra el auto que se dicte no se dará recurso alguno.
4. También podrá solicitar medidas provisionales el cónyuge demandado, cuando no se hubieran adoptado con anterioridad o no hubieran sido solicitadas por el actor, con arreglo a lo dispuesto en los apartados precedentes. La solicitud deberá hacerse en la contestación a la demanda y se sustanciará en la vista principal, cuando ésta se señale dentro de los diez días siguientes a la contestación, resolviendo el tribunal por medio de auto no recurrible, cuando la sentencia no pudiera inmediatamente dictarse después de la vista.

Si la vista no pudiera señalarse en el plazo indicado, se convocará a la comparecencia a que se refie-

re el apartado 3 de este artículo.

5. Las medidas provisionales quedarán sin efecto cuando sean sustituidas por las que establezca definitivamente la sentencia o cuando se ponga fin al procedimiento de otro modo.

Conforme a lo expuesto comentando el artículo precedente, las medidas provisionales simultáneas (las del artículo 103 C.C.), gozan de la misma naturaleza de las previas, y se diferencian sólo en el dato temporal de su vigencia: las previas de carácter provisionalísimo, están sometidas al plazo de caducidad de un mes, mientras que las provisionales simultáneas mantienen su vigencia hasta que se dicta sentencia definitiva (artículo 106 C.C.). Si nos adentramos en su naturaleza las medidas provisionales vienen a constituir un anticipo provisional de los verdaderos efectos de la nulidad, separación o divorcio, efectos que tendrán carácter de definitivos después de dictada la sentencia y pese a los recursos que se interpongan contra ésta. Estas medidas vienen a regular de manera provisional los aspectos personales y patrimoniales de un matrimonio en crisis, durando hasta lo que dure la tramitación del pleito, es decir, hasta tanto adquiera firmeza la sentencia. Para su adopción se tienen en cuenta las situaciones de hecho existentes en el momento de adoptarlas; por eso no pueden las partes ir contra sus propios actos, pretendiendo por la vía del recurso que se modifiquen tales medidas, cuya situación de hecho ya se contempló al adoptarlas. Una reiterada jurisprudencia así lo sanciona.

Siguiendo al Prof. Cordón Moreno(18) la identidad y naturaleza de estas medidas con las acordadas previamente se pone de manifiesto en los criterios que el Tribunal tendrá en cuenta para su adopción y en el procedimiento a seguir; estos criterios son los mismos que los que el artículo 771 prevé para la adopción de medidas previas, remitiéndonos por consiguiente al artículo 771 y a su exégesis interpretativa.

Finalizado el procedimiento, con la audiencia de las partes prevista en el artículo 103 C.C, el Tribunal dictará un auto, acordando las medidas que correspondan. La Ley, en los supuestos de que haya acuerdo entre las partes mediante el convenio regulador controlado judicialmente otorga primacía a éste, aunque en ningún caso le vincula. Por el contrario si el acuerdo no existe o el convenio regulador no es aprobado, el Tribunal adoptará las medidas que considere adecuadas. Debemos destacar finalmente que contra el auto fijando las medidas provisionales no se otorga recurso alguno, habiendo desaparecido de la L.E.C. la oposición incidental al auto de medidas provisionales previstas en el artículo 1890 L.E.C. 1881. La misma solicitud podrá formular el demandado en la contestación, cuando ni haya medidas previas ni haya medidas solicitadas por el actor. En todos los

casos la vigencia temporal de estas medidas es clara: quedarán sin efecto al ser sustituidas por las que definitivamente establezca la sentencia.

Lo que la Ley no prevé es que durante el procedimiento puedan modificarse las medidas provisionales ya acordadas, lógica solución que obedece a la necesidad de introducir rapidez y sencillez en el proceso matrimonial. Precisamente por ésto, aunque cambien las circunstancias no podrán cambiarse las medidas acordadas existentes, pues habrá que esperar a las medidas definitivas que acuerde el Tribunal.

Nadie puede poner en duda la buena intención del legislador cuando afirma que las medidas provisionales pueden asimismo ser formuladas por el demandado en la contestación a la demanda. Es cierto que en el sistema legislativo vigente se ahorra una comparecencia; pero teniendo en cuenta el trabajo que pesa sobre los juzgados de familia quizá resulte muy difícil que la citación a la vista se pueda efectuar antes de esos diez días; lo que conlleva que la petición de medidas por el demandado habrá de hacerse en una comparecencia independiente. En consecuencia quizá hubiera sido mejor y más práctico suprimir la comparecencia y resolver el tema en la vista del juicio verbal(19).

3. Medidas definitivas

Artículo 774. Medidas definitivas

1. En la vista del juicio, si no lo hubieren hecho antes, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubieren llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio y proponer la prueba que consideren conveniente para justificar su procedencia.
2. A falta de acuerdo, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio, sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar.
3. El tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad.
4. En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia 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, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos

conceptos no se hubiera adoptado ninguna.

5. Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se decretará la firmeza del pronunciamiento sobre nulidad, separación o divorcio.

En la sentencia que ponga fin al procedimiento de separación, nulidad o divorcio, el Tribunal debe pronunciarse antes que nada sobre la pretensión principal, pero también ha de resolver sobre las medidas solicitadas de acuerdo por los cónyuges tanto si han sido adoptadas como provisionales como si se hubieren propuesto con posterioridad. Es natural que si ese acuerdo entre los cónyuges no existe o no ha sido aprobado, en la sentencia se determinarán las medidas que, en su caso, han 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 (artículo 774.3 y .4 L.E.C.).

En cualquier caso la resolución judicial habrá de ser dictada tomando en consideración las circunstancias del momento en que se dictó, y como expresa Moreno Catena, señalando incluso las bases de actualización de las prestaciones patrimoniales, pero partiendo siempre de la subsistencia de las situaciones personales y económicas de los interesados. Es obvio pues, que una alteración posterior de circunstancias deberá provocar una modificación paralela de las medidas definitivas, es decir, del régimen de las consecuencias personales y patrimoniales de la nulidad, separación o divorcio.

Empero lo más relevante de la nueva regulación es el contemplado en el párrafo 51 del artículo 774: los pronunciamientos sobre medidas serán de inmediato eficaces, sin que los recursos que se puedan interponer la suspendan(20), y conforme al principio que sigue rigiendo la apelación de que tantum appellatum quantum devolutum, si el recurso impugnase únicamente los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza sobre el procedimiento de nulidad, separación y divorcio.

No hay que olvidar que las obligaciones patrimoniales entre los cónyuges y las medidas definitivas están previstas en el artículo 90 C.C., y en la vista del juicio verbal los cónyuges pueden someter al Juez sus acuerdos regulando las consecuencias de su pretensión, resolviendo el Juez en su sentencia conforme a los artículos 91 C.C. y 774.3 L.E.C., No existiendo acuerdo entre las partes, las medidas definitivas que pueden ser confirmación de las provisionalmente adoptadas al inicio del proceso u otras nuevas, las

fijará el Juez (artículos 92 a 98 C.C.), mediante sentencia cuya recurribilidad no suspenderá su ejecución (artículo 774.4 y 5 L.E.C(21).

Aparte del pronunciamiento sobre costas, que en esta materia por su especial índole o naturaleza los tribunales no suelen hacer imposición expresa, toda sentencia sobre procesos matrimoniales debe contener una declaración expresa sobre la pretensión principal, nulidad, separación o divorcio, y varios pronunciamientos sobre medidas solicitadas por las partes, previas o coetáneas al pleito, todas las cuales revisten carácter cautelar para preservar un statu quo hasta que exista pronunciamiento sobre su mantenimiento o extinción.

El art. 774 regula las medidas definitivas, que están previstas en el art- 91 del Código Civil, de tal manera que el precepto se limita a regular el procedimiento para su adopción, persiguiendo con ellas la liquidación o extinción de cualquier tipo de relación, excepto aquellas que temporalmente deben subsistir y que se refieren a las relaciones paterno-filiales o al posible derecho de uno de los cónyuges a percibir pensión compensatoria por desequilibrio patrimonial, si se dan las circunstancias previstas en el art. 97 del mismo Código. Ni que decir tiene que es el Juez quien debe fijarlas, conforme a los criterios previstos en el art. 92 y siguientes del Código Civil..

El art. 774 distingue los dos supuestos básicos, según las medidas hayan sido o no establecidas provisionalmente con anterioridad, porque si no se han adoptado antes, A los cónyuges pueden someter al tribunal los acuerdos a que hayan llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio, proponiendo prueba, o, en defecto de acuerdo, pedir al Juez las medidas que consideren oportunas, siempre advirtiendo que, en el primer caso, el tribunal no está vinculado por el acuerdo de los cónyuges, y en el segundo, será el Juez quien establecerá en la sentencia las medidas que estime procedente, teniendo en cuenta los criterios que señalan los arts. 92 y siguientes del Código Civil. El procedimiento es extraordinariamente minucioso, porque, si las medidas se habían adoptado antes como provisionales, las partes no podrán solicitar su modificación en el acto de la vista, pero el tribunal deberá pronunciarse sobre ellas en la sentencia sin prestar audiencia a las partes, y determinando las medidas que deben sustituir a las adoptadas, si procede, conforme al dictado literal del art. 91 del Código Civil, que el art. 774 repite.

Todas estas medidas definitivas tienen, como bien indica Cordón Moreno, vocación de permanencia frente a la provisionalidad de las adoptadas antes de la demanda o en el decurso del pleito, sin perjuicio de la posibilidad de su modificación si se alteraren sustancialmente las circunstancias concurrentes en el

momento de su adopción. Y al contrario de lo que acontece con las previas o simultáneas, las medidas fijadas en la sentencia son susceptibles de recurso de apelación, sin que en ningún caso se suspenda la eficacia inmediata de las mismas. En la práctica de los tribunales, y a quien suscribe personalmente como Magistrado Ponente en la Audiencia de Sevilla le ha sucedido con notoria frecuencia, las partes litigantes suelen dejar firme y consentido el pronunciamiento fundamental de la parte dispositiva de la sentencia, limitando su recurso a todas o a algunas de las medidas definitivas impuestas. Pero lo más trascendente radica en pensar si los pronunciamientos sobre medidas pueden ser objeto de ejecución provisional o por el contrario de ejecución definitiva. Interpretando el art. 525.1.11 de la L.E.C.(22) puede entenderse que la LEC aboga por la ejecución definitiva, dada la clara exclusión de ejecución provisional que hace este precepto en su párrafo 11, con la advertencia final de que la ejecución de las medidas de carácter patrimonial siempre tendrá carácter provisional, conforme al mismo precepto citado. También es importante destacar, tras la lectura de la exposición legal, que la nueva normativa concede a los Jueces y Tribunales amplísimas facultades para confirmar, alterar, modificar o sustituir las medidas adoptadas con anterioridad, en el momento de dictar sentencia final del procedimiento, y que de acuerdo con el art. 455.1, la sentencia es susceptible de recurso de apelación ante la Audiencia, recurso que, como dijimos, no suspende la eficacia de las medidas acordadas definitivamente, que por ministerio de la ley, producen efectos desde que se dictan, sin que la parte beneficiada por ellas tenga que pedir la ejecución provisional, tal como hemos sostenido antes en éste como en los trabajos citados.

Es además relevante destacar que las medidas definitivas deben adoptarse solo en la sentencia, tal como ordena el art. 774, y no en la ejecución de la misma, como se infiere del art- 91 del Código Civil. El Tribunal no tiene por qué diferir el pronunciamiento a la fase de ejecución, pues dispone de amplísimas facultades en orden a probar lo pertinente para adoptar las medidas en la fase declarativa del procedimiento.

La novedad introducida por la LEC en su art. 774 de declarar la firmeza del pronunciamiento principal de la sentencia recurrida en apelación, cuando el recurso se contrae a discutir solo todas o algunas de las medidas, no lo es tanto si se recuerda que los Tribunales, en la aplicación del sistema anterior, también declaraban la firmeza del pronunciamiento principal cuando los Letrados en el acto de la vista ante la Audiencia solo discutían o pedían la modificación de las medidas o efectos, lo que venía a suceder en un porcentaje elevadísimo de casos. La verdadera novedad consiste ahora en que, dada la nueva tramitación de la apelación, el Tribunal conoce ya a través del

escrito de fundamentación del recurso cuál es el ámbito y extensión del recurso interpuesto, sin tener que esperar a que se celebre la vista. A este respecto no sería ocioso consultar los arts. 457, 458, 459, 460 y 461 de la nueva LEC. En suma: los escritos de fundamentación del recurso y de su posible y eventual impugnación traducen con claridad el ámbito y extensión de la apelación interpuesta. A partir de ese momento, o firme la sentencia, ésta producirá los efectos propios de la cosa juzgada material: los cónyuges podrán contraer nuevo matrimonio (en los casos de nulidad o divorcio), y disuelto el régimen económico matrimonial conforme al art. 1392 del Código Civil, podrán las partes iniciar las operaciones de liquidación de sus patrimonios.

La regulación de las medidas definitivas y sus efectos constituye un acierto evidente de la nueva LEC, porque viene a recoger el sentido que la Jurisprudencia venía asignando en la práctica a estas cuestiones relevantes del proceso matrimonial, y que se plantean en estos y no en otros procesos declarativos ordinarios o especiales

Artículo 775. Modificación de las medidas definitivas.

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 art. 771. No obstante., si la petición se hiciera por ambos cónyuges de comun acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, se seguirá el procedimiento establecido en el artículo siguiente.
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 art. 773.

La ley da cumplimiento al último párrafo del art. 90 del Código Civil o al último inciso del art. 91: modificación de medidas por alteración sustancial de las circunstancias. La modificación no opera de oficio, sino a través de solicitud o instancia de parte, y su tramitación varía según haya o no acuerdo entre las partes. La remisión que hace el art. 775 al 771 para la adopción de medidas provisionales previas, o al art. 776 que regula el procedimiento para la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas, no es

muy razonable, pues, entre otras razones, el art. 776 no sería aplicable sino el siguiente art. 777. Sin embargo, lo especialmente relevante radica en que en la modificación sustancial de circunstancias no basta la sola voluntad de las partes expresada en un convenio regulador para que tal modificación se produzca. En suma: las medidas definitivas tienen siempre vocación de permanencia, por lo que su modificación tiene carácter excepcional; ha de tratarse pues de alteraciones permanentes y no meramente transitorias o contingentes. Nos remitimos a la abundantísima Jurisprudencia de las Audiencias en torno a qué debe entenderse por cambio sustancial, que deberá ser siempre permanente y estable y no meramente coyuntural, excluyéndose también las modificaciones que hayan sido intencionales o culposamente conseguidas.; siendo de destacar finalmente que dichos cambios, en el supuesto de haber hijos menores, han de estar inspirados en el *bonum filii*, y que todo cambio sustancial requiere prueba cumplida ante los tribunales. Ni que decir tiene que las medidas fijadas judicialmente en una sentencia de separación no vinculan en modo alguno a los tribunales cuando las partes provoquen una ulterior sentencia de divorcio, teniendo las primeras carácter estrictamente provisional, hasta tanto se acuerden las de la sentencia de divorcio.

Supuestos en que procede solicitar modificación de medidas, conforme a reiterada Jurisprudencia de Audiencias, puede ser, entre otros, los siguientes; a) que los hechos en que se base la demanda se hayan producido con posterioridad al dictado de las sentencias que fijó las medidas, b) que la variación o cambio de circunstancias tenga relevancia legal y entidad suficiente como para justificar la modificación pretendida. c) que el cambio de circunstancias sea permanente, o al menos que no obedezca a una situación de carácter transitorio. d) que se trate de circunstancias sobrevenidas ajenas a la voluntad del cónyuge que solicita la modificación, y e) que se acredite en forma por el cónyuge que solicita la modificación el cambio de circunstancias

Supuestos en que no procede acudir a un procedimiento de modificación de medidas serían, entre otros, los siguientes: a) cuando un cónyuge considera que hubo vicio o error en el consentimiento prestado al convenio regulador. b) no podrá utilizarse el procedimiento de modificación de medidas para pretender una nueva valoración sobre hechos preexistentes. c) para la solicitud *ex novo* de una pensión compensatoria por parte de uno de los cónyuges, y d) para la solicitud *ex novo* de una pensión alimenticia para un hijo mayor de edad(23)

Dedúcese asimismo del art. 775 que comentamos, que existen dos procedimientos para la modificación de medidas definitivas fijadas en las sentencias firmes de estos procesos matrimoniales: un procedi-

miento consensual, que se canaliza a través del art. 777 de la LEC, y un procedimiento contencioso, cuyas variantes genera serios problemas de interpretación y suscita múltiples interrogantes, que la Jurisprudencia menor irá contestando a medida que se vayan planteando problemas en la práctica judicial. De todos modos, sí cabe afirmar que el artículo 775 es oscuro y problemático, pues deja muchas cuestiones sin resolver, siendo quizá una de las más relevantes el no haber concretado la legitimación de los hijos mayores de edad en estos procedimientos de modificación de medidas. De todos modos cabe afirmar que el procedimiento consensual para la modificación de medidas previsto y regulado expresamente en el art. 777 de la LEC no puede aplicarse a la nulidad, pues no está incluido en la dicción expresa de este artículo(24).

V. Ejecución de las medidas

Artículo 776. Ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas

Los pronunciamientos sobre medidas se ejecutarán con arreglo a lo dispuesto en el Libro III de esta Ley, con las especialidades siguientes:

10. Al cónyuge o progenitor que incumpla de manera reiterada las obligaciones de pago de cantidad que le correspondan podrá imponérsele multas coercitivas, con arreglo a lo dispuesto en el art. 711 y sin perjuicio de hacer efectivas sobre su patrimonio las cantidades debidas y no satisfechas.
20. En caso de incumplimiento de obligaciones no pecuniarias de carácter personalísimo, no procederá la sustitución automática por el equivalente pecuniario prevista en el apartado 31 del art. 709, y podrán mantenerse las multas coercitivas mensuales todo el tiempo que sea necesario más allá del plazo de un año establecido en dicho precepto.
30. El incumplimiento reiterado de las obligaciones derivadas del derecho de visitas, tanto por parte del progenitor guardador como del no guardador podrá dar lugar a la modificación del régimen de guarda y visitas.

Es plausible, desde luego, la aplicación del procedimiento de ejecución general que la Ley prevé para la ejecución de medidas. No obstante, la Ley sanciona los hechos con una medida que puede plantear problemas de inconstitucionalidad porque, al estar penada la conducta, se establece una doble sanción por los mismos hechos, teniendo un carácter marcadamente disuasorio. Yo, no obstante, entiendo que el régimen es adecuado ante conductas claramente dolosas o negligentes, que pueden dar al traste con la verdade-

ra efectividad de la sentencia pronunciada

No se establecía en las Disposiciones Adicionales de la Ley 30/1981 de 7 de Julio norma alguna relativa a la ejecución de las resoluciones dictadas en los procesos matrimoniales, con lo que era obligado acudir a las normas generales de ejecución previstas en los artículos 919 y sgtes. de la LEC anterior, con sus remisiones a la vía de apremio para los pronunciamientos de contenido económico. En la nueva LEC sí se recoge norma expresa al respecto, debiendo tenerse en cuenta que cada resolución que recaiga en estos procesos tendrá su propia ejecución autónoma.

Debe destacarse al respecto que, a pesar de recoger el art.-776 reglas especiales para la ejecución de los pronunciamientos sobre medidas fijadas en sentencias firmes de nulidad, separación y divorcio, los múltiples problemas que surjan en la ejecución habrán de solventarse aplicando las normas generales de ejecución previstas en la propia Ley; y no es desdeñable recordar que en lo que se refiere a la reclamación de pensiones, hubiera sido deseable que el legislador hubiese establecido la obligatoriedad del ejecutante de presentar la liquidación de la deuda comprensiva de las partidas de cargo y abono, cuando existan pagos parciales imputables a distintas mensualidades; lo que eliminaría las frecuentes controversias que se suscitan en la ejecución. Por lo demás el régimen de ejecución de medidas atinentes al derecho de visitas puede mostrarse eficaz en numerosos casos, ante la práctica imposibilidad de ofrecer otras soluciones alternativas.

VI. Jurisprudencia de Audiencias Provinciales

Existen ya numerosas resoluciones dictadas por las Audiencias Provinciales en aplicación de la nueva LEC. La índole especial de estas reflexiones excluyen cualquier planteamiento exhaustivo de esta materia. No obstante, dejamos reseñadas a continuación algunas Sentencias y Autos recientes en que se contienen criterios y pautas para la interpretación y aplicación de la nueva normativa legal.

Auto de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 10), de 24 de Marzo de 2000. Contiene doctrina general sobre finalidad y fundamento de las medidas provisionales, exigencia de la presencia personal de las partes en la comparecencia, y procedimiento, postulación y representación, Analizando las diferencias entre la Ley anterior y la LEC nueva, y modificación de las medidas de sentencia de separación solo por sentencia de divorcio o por la promoción de incidente de modificación de efectos.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 10) de 21 de Marzo de 2001.- Contiene doctrina sobre atribución de uso de vivienda conyugal a favor del esposo, por ser el interés más necesitado de protección; convivencia con los hijos, imposibilidad de

adjudicar otras viviendas integrantes del acervo ganancial que no sean domicilio conyugal, y abono de litis expensas.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 20) de 12 de Marzo de 2001.- Contiene doctrina sobre disolución de regímenes económicos matrimoniales, separación de hecho, cómputo del dies a quo desde la fecha de la firmeza de la sentencia y no desde el Auto de medidas provisionales, y liquidación del régimen económico matrimonial.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava (Sección 10) de 17 de Enero de 2001.- Contiene doctrina sobre efectos comunes a los procesos de nulidad, separación y divorcio, alimentos a los hijos, no establecimiento de la pensión en el Auto de medidas provisionales, cambio de circunstancias imperantes en el momento en que se dictó la sentencia de separación, y presunción de onerosidad.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 20) de 8 de Enero de 2001.- Contiene doctrina sobre efectos comunes a los procesos de nulidad, separación y divorcio, reducción improcedente de la cuantía de los alimentos a los hijos, valoración de la situación patrimonial del esposo, y relevancia de lo actuado en sede de medidas provisionales para su determinación.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Córdoba (Sección 20) de 12 de Abril de 2000.- Contiene doctrina sobre efectos comunes y cargas del matrimonio, cuyo concepto se analiza en sede de medidas provisionales y en la litis principal, pronunciamientos sobre alimentos a los hijos menores y a las cargas del matrimonio, que el Juzgador puede acordar de oficio, e inexistencia de incongruencia de la sentencia por exceso y su relevancia constitucional.

Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 220) de 23 de Junio de 2000.- Contiene doctrina sobre abono de litis expensas acordado en el Auto de medidas provisionales, irrecurribilidad en vía de ejecución, concesión del beneficio de asistencia jurídica gratuita a la peticionaria de litis expensas, y obligación de pago de honorarios de Letrado y Procurador intervinientes.

Finalmente y porque reputo de gran interés la doctrina contenida en la Sentencia de 6 de Octubre de 1994 de la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 50) que me cupo el honor de redactar como Magistrado Ponente, la transcribo y comento a continuación:

Por los trámites generales de los incidentes al amparo de la LEC de 1881, y con ocasión de un proceso de divorcio, la Sala analiza la reformatio in peius en los procesos matrimoniales, y las limitaciones al principio de congruencia de la sentencia. En la Sentencia citada de 6 de Octubre de 1994, la Sala se pronuncia sobre un problema procesal de extraordinaria rele-

vancia: la reformatio in peius en los procesos matrimoniales y sobre las limitaciones al principio de congruencia de la sentencia de apelación Hay que partir del supuesto de que el pronunciamiento fundamental de la sentencia impugnada no se ha recurrido, debiendo quedar firme y consentido en virtud del principio de que tantum appellatum quantum devolutum impúgnase solo la atribución a la esposa de la vivienda conyugal, habiendo de tenerse en cuenta que el Juez a quo fijó una pensión a abonar por el marido de 36.000 pts. mensuales. La Sala valorando las circunstancias del caso, y entre ellas que la vivienda conyugal es propiedad privativa del marido, eleva la pensión a 50.000 pts. mensuales y atribuye al marido el uso y disfrute de la vivienda. A simple vista existe reformatio in peius de la sentencia recurrida, pues agrava en 14.000 pts. la situación del recurrente, sin que la esposa se haya adherido en este extremo a la apelación.

Sin embargo, debe significarse que la Asolución adoptada por el Tribunal no supone una reformatio in peius de la sentencia recurrida. En efecto: el principio de congruencia previsto en el art. 359 de la LEC es aplicable en toda su extensión a la sentencia de segunda instancia, y en ésta, la congruencia, es decir la adecuación del fallo a lo solicitado por las partes, juega el mismo papel, quizá hipertrofiado, que en la primera. La razón radica asimismo en el principio dispositivo. Sin embargo, porque precisamente la segunda instancia en nuestro

Ordenamiento Jurídico no es un nuevo proceso, la congruencia tiene aquí notables peculiaridades: una de ellas es la prohibición de la reformatio in peius, o el reformar empeorando que se produciría si la sentencia de apelación contuviera pronunciamientos que empeoraran la situación que para el apelante resulta de la sentencia dictada en la instancia tal como observa el Prof. De la Oliva Santos, la prohibición de la reformatio in peius es una clara opción de política legislativa, y aunque la LEC no se refiere directamente a ella, rige en nuestro Derecho por decisión jurisprudencial (Sents. del T.S. de 24 de Febrero de 1083 y 15 de Octubre de 1985, entre otras muchas), reforzadas ahora por Jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Repetimos que a primera vista parecería que la solución adoptada por la Sala conlleva una clara reformatio in peius, condenando al pago de 50.000 pts, en lugar de las 36.000 pts. impuestas en la sentencia de primer grado, habida cuenta además de que la parte demandada-apelada no se adhirió a la apelación, único límite que la Ley establece a la rotunda prohibición jurisprudencial de la reformatio in peius. Sin embargo conviene tener presente que A Los Jueces y Tribunales están desligados de la congruencia y con ello de la prohibición de la reformatio in peius, cuando concurre alguna de aquellas cuestiones de natura-

leza procesal que pueden y deben analizarse de oficio, o cuando en detrimento del principio dispositivo, pueden los Jueces desligarse de las peticiones de las partes en cuestiones afectantes al interés público, por ejemplo, en los procesos que afectan al estado civil y condición de las personas. Pues bien: en los procesos matrimoniales, en defecto de acuerdo entre las partes, corresponde a la Jurisdicción Ordinaria adoptar medidas de oficio (arts. 91 y sgtes. del Código Civil) sin que por ello y dada la naturaleza de los derechos e intereses en juego, sufra el principio de congruencia civil de las sentencias, y sin que ello entrañe necesariamente una reformatio in peius de la impugnada.

En el caso enjuiciado, la situación del marido apelante no empeora, pues conserva el uso y disfrute legítimos de su vivienda y aunque tenga que abonar 14.000 pts. más de pensión; como tampoco empeora la situación de la esposa, que encuentra en la solución adoptada la satisfacción plena de sus pretensiones de primera instancia.

Siendo pues el Juzgador soberano en la adopción de medidas, salvo en lo que concierne a la pensión compensatoria del art. 97 del Código Civil, claramente sometida al principio dispositivo y de rogación procesal y que en este caso no procede, la Sala reputa más justa y equitativa la solución que adopta Finalmente decir que la especial índole o naturaleza de la cuestión litigiosa excluye cualquier expreso pronunciamiento sobre costas en esta alzada originadas.

Con una Ley insuficiente cual la de 1881, carente de normas específicas sobre medidas en los procesos matrimoniales, y con unas Disposiciones Adicionales, cual las de la Ley de 7 de Julio de 1981, que prácticamente ignoraban los procedimientos para la adopción de estas medidas, la Jurisprudencia de las Audiencias, empero, fué elaborando un cuerpo de doctrina que contenía los principios básicos en la materia. Es de esperar que con la nueva Ley, minuciosa y detallista, dotada de una técnica procesal adecuada, a veces muy brillante y en general muy acertada, los Tribunales encuentren una normativa suficiente, sin tener que recurrir a un farrago casuístico de resoluciones judiciales(25).

NOTAS

1. Vid. Gómez Colomer, Juan Luis, y otros: Derecho Jurisdiccional II, (Proceso civil), Tirant lo blanch, Valencia, 100 edición, 2001, página 773.
2. Véase Moreno Catena, Víctor: Derecho procesal civil, Parte especial, Colex, Madrid, 20 edición, 2000, páginas 155 y siguientes, en las que el autor reflexiona con acierto acerca de que la cobertura constitucional a la familia no ha de limitarse única-

- mente a la matrimonial, opinión que comparto plenamente, y cuya solución ni siquiera se apunta en la nueva normativa.
3. Vid. Ortells Ramos, Manuel, y otros: Derecho jurisdiccional..., cit., página 744.
 4. Vid. Ortells Ramos, Manuel y otros: Derecho jurisdiccional..., cit., páginas 744 y 745.
 5. Vid. Moreno Catena, Víctor: Procesos civiles especiales, cit., páginas 190 a 193.
 6. Vid. De la Oliva Santos, Andrés: Derecho procesal civil (Ejecución forzosa y procesos especiales), Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 2000, página 440.
 7. Vid Gómez Colomer Juan Luis y otros, en Derecho Jurisdiccional II, op. Cit. Página 733
 8. Vid Moreno Catena, Victor y otros, en Derecho Procesal Civil..cit-- Pagina 173.
 9. Vid. Cordón Moreno, Faustino y otros, en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil (Volumen II). Editorial Aranzadi.- Pagina 798 y sgtes.
 10. Vid. Autos y Sentencias de la Sección V de la Audiencia Provincial de Sevilla, en las que el Dr. García Casas figuró como Magistrado Ponente.
 11. Citemos, por todos, el Auto de la A.P. de Ciudad Real de 2 de marzo de 1988.
 12. Vid. Banacloche Palao, Julio y otros: Comentarios al artículo 771", en La Ley de Enjuiciamiento Civil, AA.VV., Civitas, Madrid, 2001.
 13. Vid. Bayo Delgado, Joaquín: Instituciones del nuevo proceso civil, (Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000), coordinados por Jaime Alonso-Civiles Cereal, volumen IV, Economist & Iurist, Barcelona, 2000, página 52.
 14. Véase Pérez Martín, Antonio Javier: Capítulo IV. De los procesos matrimoniales y de menores, en Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, Tomo IV, AA.VV., dirigidos por Antonio María LORCA Navarrete, y coordinados por Vicente Guilarte Gutiérrez, Lex Nova, Madrid 2001, páginas 4.114 y 4.115.
 15. Vid Cordón Moreno, Faustino y otros, en Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, cit..Página 803.
 16. Vid. Banacloche Palao, Julio y otros, en Comentarios al art. 772, en la Ley de Enjuiciamiento Civil AA.VV, cit
 17. Cfr. Pérez Martín, Antonio Javier, en Comentarios a la nueva la Ley de Enjuiciamiento Civil, op. cit..Pagina 4120
 18. Cfr. Cordón Moreno, Faustino y otros: Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, cit., páginas 804, 805 y 806.
 19. Cfr. en Pérez Martín, Antonio Javier: Comentarios a la Nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, cit., página 4.128.
 20. Vid. De la Oliva Santos, Andrés, y otros: Derecho procesal civil..., cit., página 445.
 21. Cfr. Gómez Colomer, Juan Luis: Derecho jurisdiccional II, cit., página 734.
 22. Cfr. En García Casas, Julio, en Exposición de la nueva LEC. La ejecución provisional y la seriedad de la Justicia, trabajos coordinados por el Prof. Dr. Don Faustino Gutiérrez-Alviz y Conradi. Editorial Tirant Lo Blanch. Valencia-Marzo de 2002, y el la Revista Justicia, n1 1, Bosch, Barcelona 2002.
 22. Esta casuística se encuentra perfectamente recogida y comentada por Antonio-Javier Pérez Martín, en Comentarios a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil Editorial Lex Nova, op. cit. Página 4142 y sgtes.
 23. Cfr. El Bayo Delgado, Joaquin, el Instituciones del Nuevo Proceso Civil (Volumen IV) Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000 , op. Cit, página 58 y sgtes.
 25. Sobre cuestiones atinentes a medidas y efectos de resoluciones judiciales en esta materia, consúltense las Sentencias y Autos de la Sección 50 de la Audiencia Provincial de Sevilla, en las que el autor de este trabajo figuró como Magistrado Ponente, debiendo citarse aquí, además de la transcrita en el texto, y por su especial interés, las siguientes:
 - Sentencia de 14 de mayo de 1996, sobre uniones extramatrimoniales, declarando la inaplicación del régimen general de gananciales, pero presumiendo la existencia de una affectio maritalis, y la intención tácita de aportar bienes y disponer de ellos, en una vida común.
 - Sentencia de 2 de noviembre de 1993, atinente a modificación de medidas decretadas en la sentencia firme del proceso anterior de separación.
 - Sentencia de 20 de septiembre de 1993, en la que se estudian las causas del divorcio, por cese efectivo de la convivencia conyugal.
 - Auto de 29 de junio de 1993, sobre modificación del convenio regulador en el proceso consensual de la Disposición Adicional 61, de la Ley de 7 de julio de 1981, etc...





N V E

r v st

E ECH MIG T I Y EXT NJE



s r k o z u a m e r i t a t i v s t e r c h M i g r a y E x t r a n j e r i a

Ime i _____

Prezime _____

Opština _____

Ulica _____

Telefon _____ Fax _____

E-pošta _____

KOD _____ Sustav E-pošte _____



G r i s l o h , 3 - 7 V I I I
T L 2 5 7 3 • F x 3 5 7 2 2
www.lexnvs.com | info@lexnvs.com

Lexnvs, s.r.l. je avtor i izdavač knjige. Sve prava su zadržana. Nijedna od ovih knjiga ne može biti reprodukovana, distribuirana, objavljena ili korištena u bilo koji način bez izričite dozvole izdavača. Svi podaci o knjigama i cijenama su približni i mogu se promijeniti bez prethodne najave. Lexnvs, s.r.l. ne preuzima odgovornost za bilo kakve štete, materijalne ili ne, koje mogu nastati iz bilo koje vrste korištenja ovog materijala. Lexnvs, s.r.l. ne preuzima odgovornost za bilo kakve štete, materijalne ili ne, koje mogu nastati iz bilo koje vrste korištenja ovog materijala.