

**LOS PROCESOS MATRIMONIALES DE NULIDAD,
SEPARACIÓN Y DIVORCIO TRAS LA LEY 15/2005,
DE 8 DE JULIO**

Alberto Panizo y Romo de Arce
*Universidad Complutense
Madrid*

Abstract: This paper is a systematized survey on the impact of Act 15/2005 (of 8 July) on marital actions, modifying some articles of the Civil Code and of the Code of Civil Procedure, in order to simplify in some cases the requirements demanded, especially in the field of annulment due to divorce, and regarding the introduction of some innovations (such as the shared custody of the children).

Resumen: El presente trabajo supone un estudio sistematizado sobre la incidencia que la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha supuesto sobre los procedimientos matrimoniales, modificando parte del articulado del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil, en aras a la simplificación, en ciertos supuestos, de los requisitos exigidos, sobre todo en el ámbito de la disolución por divorcio, y en lo relativo a la introducción de instituciones novedosas como la guarda y custodia compartida.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2. Modificaciones de la Ley 2/2005, de 8 de julio en el Código Civil, relativas a la separación y el divorcio.- 3. Modificaciones de la Ley 15/2005, de 8 de julio en la Ley de Enjuiciamiento Civil, relativas a los procedimientos matrimoniales.- 4. Síntesis de las correcciones procesales de la Ley 15/2005, de 8 de julio en los procedimientos matrimoniales.- 5. Desarrollo de los procedimientos de nulidad, separación y divorcio.

1. INTRODUCCIÓN

El Proyecto de Ley para la nueva regulación de la separación y el divorcio fue aprobado en el Consejo de Ministros de 26 de noviembre de 2004, y

se remitió al Congreso de los Diputados, que lo publicó el 1 de diciembre siguiente.

La Ley 15/2005, de 8 de julio, aparece en el Boletín Oficial del Estado de 9 de julio, nº 163 (pág. 24458). Entró en vigor al día siguiente de su publicación, y más que obedecer a su enunciado por el que se dice, modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, viene sustancialmente a regular de forma novedosa el divorcio, pasando a tener la separación un carácter totalmente residual para aquellas personas que, por motivos de conciencia o por existencia de otras causas, no deseen alcanzar el grado resolutivo que la disolución supone para el vínculo matrimonial; ello explica que en el articulado de la Ley sean sólo tres los preceptos dedicados a la separación, siendo los restantes referidos al divorcio.

Reseña el legislador que la *“separación y el divorcio se conciben como dos opciones , a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos”*.

El preámbulo de la Ley pone de manifiesto lo patente del cambio social producido en la forma de entender las relaciones de pareja en la sociedad española, de modo que la reforma pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio.

Concibe la separación y el divorcio como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para obtener una respuesta jurídica al régimen matrimonial inicialmente constituido, pretendiéndose de esta forma reforzar el principio de libertad de las partes en el ámbito conyugal. Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que al Juez le quepa rechazar la petición, salvo por motivos de carácter meramente procesales (eliminación de la necesidad de causas de divorcio y separación en el procedimiento). Para la interposición de la demanda en este caso, sólo se requerirá, según veremos, el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que, durante el proceso, regulen los efectos de la petición principal.

Continúa precisando el legislador en la Exposición de Motivos, que evitar el *doble procedimiento separación-divorcio*, es uno de los objetivos del cambio, por lo que se admite la disolución del matrimonio por divorcio, sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial, con un importante ahorro de costes a las partes, tanto económicos como, sobre todo, personales,

si bien, de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, la separación judicial queda como figura totalmente autónoma con carácter optativo.

Asimismo, posibilitar la disolución matrimonial por mutuo acuerdo de las partes, es quizá el logro más representativo de la Ley. Se echaba de menos en este sentido, una reforma que posibilitara el divorcio sin una causa concreta que en la mayor parte de las veces se invocaba ficticiamente, sólo a los efectos de cumplir *pro forma* el precepto legal del artículo 86 del Código Civil. Por ello se incide en la Exposición de Motivos en que *“la intervención judicial debe reservarse para cuando haya sido imposible el pacto, o el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Sólo en estos casos deberá dictar una resolución en la que imponga las medidas que sean precisas”*.

Finalmente, es la denominada *custodia compartida* uno de los aspectos más comentados a nivel doctrinal de la Ley, si bien entendemos que ello no supone novedad de tanta trascendencia, ya que anteriormente la posibilidad de compartir la guarda y custodia de los hijos ya existía, siempre que los cónyuges separados o divorciados así lo estableciesen y ello fuera aprobado por el Juez.

Más novedoso es que se regule expresamente que los padres puedan acordar en el convenio regulador, o el Juez en la Sentencia, que en beneficio de los hijos, la patria potestad se ejerza total o parcialmente por uno de los cónyuges, estando en este último caso ante una también compartida patria potestad. En el desarrollo de la norma se establece una amplia y densa serie de garantías para asegurar que la decisión judicial sobre la custodia compartida sea adoptada siempre en favor e interés del menor¹.

2. MODIFICACIONES DE LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO EN EL CÓDIGO CIVIL RELATIVAS A LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO.

Son varias y plausibles las reformas introducidas por la Ley objeto de estudio en el marco de la separación. Fundamentalmente el sistema anterior delineado en la Ley 30/81, se caracterizaba por los siguientes aspectos:

-Se instrumentaba la separación como una antesala del divorcio, pasando

¹ Recientemente (febrero 2007), una Sentencia de la Sección 18 de la Audiencia Provincial de Barcelona impone a una madre la custodia compartida de sus hijos, de 13 y 9 años, con el padre, al considerar que supone “grandes beneficios”, y que “*las ventajas*” son “*altamente superiores a los inconvenientes*”. El Tribunal no asume la propuesta del Fiscal, en el sentido de que la custodia fuese por semanas, y optó porque los hijos estén con la madre lunes y martes, y con el padre, miércoles y jueves. Los fines de semana, con quien corresponda de forma alterna.

de ser una *separación-sanción*, a una *separación instrumental* de cara a la disolución matrimonial, abandonándose la dicotomía *cónyuge culpable-cónyuge inocente*.

- Se establecía un plazo mínimo de un año de existencia de la unión para poder solicitar la separación.

- Se instauró en los procedimientos de mutuo acuerdo la posibilidad de que, en tales casos, ambas partes pudieran actuar bajo una misma representación y dirección letrada.

- Se introdujo el denominado convenio regulador como pieza principal de resolución en los casos de mutuo acuerdo.

- Se reconoció al cónyuge al que la separación implicara un grave perjuicio económico, con respecto a su situación anterior en el matrimonio, el derecho a una prestación económica denominada pensión compensatoria. La citada ayuda podía ser satisfecha en base a unas cantidades periódicas, o bien resuelta en un pago único.

Si bien la separación y el divorcio operaron de forma independiente, este último ha tenido un importante apoyo en la existencia de una separación previa.

Sentado todo esto, la nueva regulación de la separación en la Ley 15/2005, de 8 de julio, rompe definitivamente con esa idea de complementariedad de la separación respecto del divorcio, consagrándose dichas instituciones de forma totalmente autónoma, sin que la existencia de la primera tenga efectos positivos de cara a la obtención del segundo.

Exponemos seguidamente los cambios más característicos en el seno del Código Civil:

Aunque supone en cierta medida una reforma procesal, la misma se articula solamente en la modificación del artículo 81 del Código Civil. En efecto, antes de la Ley 15/05, el artículo 81 regulaba la posibilidad de separación, en los supuestos de mutuo acuerdo, o de estar una de las partes incurso en causa de separación. La nueva regulación acorta los plazos para la solicitud de separación (art. 81) a tres meses contados a partir de la celebración del matrimonio, a diferencia del año que requería la redacción anterior (esto es aplicable también al divorcio por la remisión del art. 86 al 81).

Junto a esta reducción temporal, que tanto puede influir en los plazos, la nueva redacción del artículo 81 incluye la novedad de que se acompañe a la demanda de separación, "*propuesta fundada de medidas que hayan de regular los efectos de la separación*". Tal exigencia es aplicable al divorcio por la remisión del artículo 86 al 81.

Desde el punto de vista de estas medidas, hay que diferenciarlas de las

denominadas provisionales, ya que las mismas, en principio, tienen una vigencia temporal; las previas y las simultáneas sólo perduran si se sustituyen por las definitivas del artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento. Pues bien, retornando a la nueva exigencia del artículo 81 del Código Civil, es evidente que se trata de medidas a interesar en el momento procesal de la interposición de la demanda y, en principio, por el demandante, lo que no concuerda claramente con lo interesado en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, cuando justifica el dato de que a la *“demanda se acompañe propuesta fundada de medidas”*, diciendo que lo que se pretende con ello es que el demandado *“no sólo conteste a las medidas solicitadas por el demandante, sino que también tenga la oportunidad de proponer las que considere más convenientes, y que, en definitiva, el Juez pueda propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto de todas o el mayor número de ellas”*. Con tal justificación, ya se dice el objetivo de la disposición: que el demandado aporte también escrito de medidas en la contestación, no sólo impugnación de las solicitadas por el demandante. Sin embargo, en el artículo 81 del C. Civil tratado, sólo se exige su aportación en el escrito de demanda de separación y/o divorcio. Nada se dice sobre la necesidad de que también en la contestación se acompañe escrito similar, olvidándose el legislador de la existencia de otros procesos en los que también debería aportarse la propuesta fundada de medidas, tales como en los supuestos de nulidad o modificación de medidas.

El problema se centra en determinar si la demanda principal debe ser escueta y formularse las medidas más extensamente en documento aparte, y precisar también, ¿cuál sería la consecuencia en caso de no presentar con la demanda la propuesta de medidas?

Estimamos que hay que realizar una interpretación finalista de la norma, en el sentido de que lo pretendido en la misma no es tanto que se redacten dos documentos independientes, como que se fundamenten las medidas solicitadas, dejando atrás la práctica de simplemente enumerarlas. Entendemos que ello debe ser así, ya que incluso hay supuestos en los que ni siquiera se solicitan medidas, piénsese en un procedimiento de divorcio en el que sólo se solicita un pronunciamiento respecto de la disolución vincular, sin que existan medidas complementarias a adoptar.

En lo relativo a la consecuencia de la no presentación de la propuesta fundamentada de medidas, estimamos que la claridad del artículo 81, exigiéndolo expresamente, determina que, en su caso, se requiriese judicialmente a la parte para subsanar tal omisión, aunque sólo en los supuestos en que procedan, y no en aquellos procesos en que el demandante ya explique el porqué de la no solicitud de medidas, todo ello en base a lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley de Enjuiciamiento Civil².

La Ley tratada incide, como se apuntó, sobre la patria potestad, ya que pretende reforzar la libertad de decisión de los padres respecto al ejercicio de la misma. En este sentido se prevé expresamente que puedan acordar en el convenio regulador que el ejercicio se atribuya exclusivamente a uno de ellos o bien a ambos de forma compartida. Esta atribución es parcialmente novedosa, pues la posibilidad de que el Juez dispusiera que la patria potestad fuese ejercida por uno solo de los cónyuges ya se contemplaba en el artículo 92 antes de la reforma; la novedad actual reside en que dicho precepto sólo regulaba tal posición en los supuestos de procedimiento contencioso, no en el mutuo acuerdo, quedando en tales supuestos al libre arbitrio del Juez una decisión al respecto. Por lo demás, cabe decir que en la práctica, ha sido muy excepcional que se prive a uno de los progenitores de la patria potestad, o que en un proceso matrimonial se haya atribuido sólo a uno de ellos su ejercicio; es más, como acertadamente ha expuesto cierto autor², no han sido pocos los Juzgados que se mostraban bastante contrarios a la hora de aprobar convenios en los que las partes atribuían en trámite consensual, *“no ya la titularidad, sino también el mero ejercicio de la patria potestad al progenitor que ostentara la guarda y custodia”*. Es evidente que tal resistencia deberá ser superada atendiendo a la nueva regulación.

Introduce, como vimos, la denominada guarda y custodia compartida en la nueva redacción de los artículos 92 y 103.1 del Código Civil. En este sentido, el artículo 103.1 del Código se modifica, sustituyéndose la frase cónyuge *“apartado de los hijos”*, por cónyuge *“que no ejerza la guarda y custodia de los hijos”*. Igualmente el nuevo artículo 92 dispone en su nº 5 que *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a ese acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos”*.

En síntesis, y a modo de recapitulación, el nuevo artículo 92.5 del Código Civil se muestra muy proclive a la admisión de la guarda y custodia compartida en los supuestos en que la misma sea instada de mutuo acuerdo por las partes, entendiéndose que ésta debe ser la consecuencia lógica, sin más reparo que contar con las *“cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda”*, por lo que, en tales casos, ni siquiera sería imprescindible

² Vid. E. SANTANA PÁEZ, *Reformas y correcciones procesales a la Ley 15/05, de 8 de julio*, en Revista del Colegio de Abogados de Madrid, nº 33, pp.12 ss.

³ Vid. R. RODRÍGUEZ CHACÓN, *Matrimonio, separación y divorcio en España: nueva regulación*, Madrid 2005, págs. 82 ss.

ble el informe favorable del Ministerio Fiscal, ni la existencia de un Dictamen de especialistas en la materia. No obstante, la medida ha de ser rechazada concurriendo el supuesto del nº 7 del artículo 72 (casos de existencia de procesos penales por atentar contra la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad sexual, y supuestos de existencia de indicios fundados de violencia doméstica) y cuando el Juez la considere lesiva para los hijos, o gravemente perjudicial para una de las partes, existiendo un cierto margen de discrecionalidad judicial para esta apreciación. Sentado esto, sin embargo, a falta de acuerdo de las partes, la concesión de la guarda compartida es sumamente restrictiva, teniendo casi un carácter excepcional, y siendo necesario para estos casos que haya, al menos, una petición de parte informada favorablemente por el Fiscal, debiéndose fundamentar en que sólo de esta manera, y no con la guarda individual de uno de los progenitores, se salvaguarda idóneamente el interés del menor.

En realidad, en la mayor parte de los supuestos de guarda y custodia de este tipo, ya sea de mutuo acuerdo o instada por uno de los padres, más que de compartida, debería hablarse de alternada, dado que el hecho en sí de la separación física de las partes, no posibilita un compartir efectivo y simultáneo en el desarrollo de la medida. Entendemos asimismo, que hubiera sido necesaria en estos casos una alusión legal al tema del uso de la vivienda familiar, pues la guarda compartida entraña el inconveniente de la dualidad de domicilios de los progenitores, lo que entendemos sólo cabe resolver con un traslado del menor al domicilio de la parte que va a ejercitar dicha guarda por un tiempo (de ahí que hablemos de guarda y custodia alternada). Este asunto ya ha comenzado a plantear problemas en lo relativo al empadronamiento de los hijos; en efecto, la dificultad para los gestores del Padrón reside en que cuando hay un régimen de convivencia muy equilibrado con cada uno de los progenitores en su residencia, es realmente difícil, por no decir imposible, determinar cuál debe considerarse residencia habitual del menor. Ello ha llevado a la Fiscalía General del Estado a dictar una instrucción en la que ordena que los menores sean empadronados en un solo domicilio, preferentemente el del progenitor con el que pasa la mayor parte del tiempo. Si los periodos están equilibrados hasta el punto de que no pueda determinarse con cuál pasa la mayor parte del año, deberán ser, en principio, los propios padres quienes, de mutuo acuerdo, elijan entre las dos viviendas en las que el menor viva, aquella en la que ha de ser empadronado, velando los fiscales porque en los convenios reguladores o, excepcionalmente a falta de ellos, en las resoluciones judiciales en que se opte por una custodia compartida con tiempos equilibrados, se determine cuál ha de ser el domicilio del menor y, consecuentemente, su lugar de empadronamiento.

Siguiendo en esta línea de cambios, se modifica el artículo 68 del Código Civil, extendiendo los deberes recíprocos de los cónyuges a *las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo*.

Puede afirmarse que la novedad principal de la Ley es la supresión de la necesidad de existencia de causas para la separación y el divorcio, por lo que quedan sin contenido los artículos 82 y 87 del Código Civil, los cuales han venido contemplando hasta ahora las causas de separación y disolución por divorcio, lo cual facilita sustancialmente el procedimiento analizado, ya que se admite la separación sin causa legal precitada, dando entrada y posibilitando la muy demandada por las partes separación por simple incompatibilidad de caracteres y, como hemos indicado, la separación sin existencia de causa legal, bastando la simple voluntad de una o ambas partes incluso en los casos en los que no hay acuerdo para firmar un convenio. Con ello se facilita al máximo la separación contenciosa, que en realidad era la que veía cercenada su operatividad en la Ley 30/81, de 7 de julio, cuando no existía acuerdo entre las partes para llegar a la firma del convenio regulador.

Admite que la pensión compensatoria pueda consistir en una prestación temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia (artículo 97 Código Civil).

Se modifica igualmente la regulación en el Código Civil de los derechos sucesorios del cónyuge viudo, en el sentido de suprimir en el artículo 834 la referencia al cónyuge separado culpable. Igualmente, se otorga plena eficacia a la reconciliación notificada al Juez que conoce o conoció de la separación, siempre que se haga por separado. Desde ese momento (conocimiento del Juez), se permite al cónyuge superviviente conservar sus derechos sucesorios. La reconciliación sufre principalmente un cambio, consistente en la exigencia de notificarse por separado al juzgado, ya que en la redacción precedente, nada se decía de ello.

Asimismo, la reconciliación puede otorgarse en cualquier momento del proceso, y también, como es lógico, después de la sentencia, aunque es preciso tener en cuenta que no comienzan sus efectos hasta que el Juez que conoció de la separación tenga conocimiento de ella. Ello es importante de cara, como hemos visto, a la recuperación de los derechos sucesorios de los cónyuges. En lo relativo al carácter constitutivo de la notificación efectiva al Juez, nada dice la reforma de ello, si bien, puesto esto en relación con lo establecido en el artículo 835, al menos, a los efectos sucesorios indicados en dicho precepto, sí se exige expresamente la “notificación”, por lo que, al menos en este supuesto, tendría tal carácter.

Por último, se deja a la libre discrecionalidad de una norma imprecisa, la

creación de un Fondo de Garantía de Pensiones, tanto las establecidas a favor de los hijos, como a favor de los cónyuges, al disponer la Disposición Adicional Única : *“El Estado garantizará el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de los hijos e hijas menores de edad en convenio judicialmente aprobado o en resolución judicial, a través de una legislación específica que concretará el sistema de cobertura en dichos supuestos”*. En la tramitación de esta norma por el Senado, se amplió su contenido al pago de las pensiones compensatorias, todo ello en base a una enmienda transaccional entre los distintos grupos políticos, enmienda que, inexplicablemente, en el trámite de aprobación definitiva de la Ley en el Congreso, no fue votada por los diputados, lo que hizo desaparecer del texto dicha posibilidad⁴.

En lo relativo al divorcio, la Ley 15/2005 analizada supone también grandes cambios, ya que suprime las causas de divorcio, potenciando al máximo la libertad de las partes para disolver el matrimonio, ya sea de mutuo acuerdo o mediando oposición. En efecto, la Exposición de Motivos del Texto legal establece que *“el derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud....basta con que uno de los cónyuges no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos procesales...”*.

Indudablemente, resulta baladí decir que esta supresión de causas de divorcio, para nada afecta a la constitucionalidad de la norma en orden al artículo 32 de la Norma fundamental, cuando el mismo establece que la ley *“regulará las causas de divorcio”*, ya que la eliminación de tales causas no es sino el reconocimiento legislativo de lo que venía siendo un criterio judicial extendido consistente en admitir el divorcio cuando, sin causa alguna, ambas partes estaban de acuerdo en disolver el vínculo debido a lo que puede denominarse una *“incompatibilidad de caracteres”*. En tales casos normalmente los jueces no exigían ninguna de las causas contempladas en los artículos 86 y 87 del Código aunque, claro está, tal proceder judicial sólo podía ampararse en supuestos en los que ambas partes estaban de acuerdo con la disolución vincular, ya que en caso de oposición de alguna, alegando la inexistencia de la causa, la simple aplicación de los artículos citados hacía imposible un pronunciamiento en tal sentido.

El efecto material de este cambio legislativo ha sido doble: de un lado, permitir la disolución matrimonial en aquellos casos en que, sin existir causa

⁴ Vid. R. RODRÍGUEZ CHACÓN, op. cit., págs. 189 ss.

material de divorcio, sino simplemente una incompatibilidad de caracteres, o un simple deseo de disolver el vínculo, no existe acuerdo entre ambas partes en esto mismo; de otro, no cabe duda de que al no tener que alegar y probar causa alguna, el período probatorio se reduce considerablemente, posibilitándose la consecución rápida de una sentencia estimatoria, lo que ha llevado a la doctrina a la adopción de apelativos característicos para este tipo de procedimientos, al denominárseles *divorcio express*, manteniéndose los dos tipos de separación y divorcio contemplados en la reforma de 1981, con la diferencia, en cuanto a este último, basada en la irrelevancia de la existencia de acuerdo en el objeto del pleito, ya que tras la reforma, como se ha visto, la disolución es perfectamente viable transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que se acredite la existencia de riesgo para la vida, integridad física, libertad, integridad moral o libertad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos, en cuyo caso no rige el citado plazo, pudiéndose solicitar el divorcio desde el momento en que se dé alguna de estas situaciones. Como ya apuntamos, entendemos que el requisito del artículo 81 del Código Civil de acompañar a la demanda de separación propuesta fundada de medidas que hayan de regular los efectos de la misma, es de aplicación a los casos de divorcio, y ello, según se dijo, por la remisión del artículo 86 al 81 (“*Se decretará judicialmente el divorcio... cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81*”).

3. MODIFICACIONES DE LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO EN LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL, RELATIVAS A LOS PROCEDIMIENTOS MATRIMONIALES.

La Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000 establece, entre otros, los procedimientos a seguir en las causas de nulidad, separación, divorcio y medidas provisionales, todo ello dentro del ámbito de su Libro IV, denominado “*De los procesos especiales*”.

La reglamentación procesal se contiene particularmente en los artículos 769 a 778, en los que se sistematiza toda la regulación de la siguiente forma:

El artículo 769 regula la competencia a favor del Juzgado de Primera Instancia (o de Familia si lo hubiere) del domicilio conyugal, y si residiesen en distintos partidos judiciales, será tribunal competente, a elección del demandante o de los cónyuges, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. Los que no tuvieren domicilio o residencia fijos, podrán ser demandados en el lugar en que se hallen o en el de su última residencia, a elección del demandante.

Pues bien, la primera modificación de importancia de la Ley procesal por la Ley tratada, se encuentra en el artículo 770 (regula el procedimiento en las

demandas de nulidad, separación y divorcio); en la misma se aborda, en primer lugar, una nueva redacción de la reconvencción, concretamente en la regla 2ª del artículo 770, adoptándose un estilo más sistemático, si bien en este punto no son de detectar cambios de importancia; establece la nueva redacción de la mencionada regla 2ª que : *“La reconvencción se propondrá con la contestación a la demanda. El actor dispondrá de diez días para contestarla”*.

Sólo se admitirá reconvencción:

- a) *“Cuando se funde en alguna de las causas de puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio.*
- b) *Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.*
- c) *Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.*
- d) *Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio”*.

En segundo lugar, se añade un nuevo párrafo al final de la regla 4ª del artículo 770, con la siguiente redacción:

“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”. También se introduce una nueva regla 7ª al citado artículo con la siguiente redacción: *“7ª, Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19,4 de esta Ley, para someterse a mediación”*.

Se modifica también el artículo 771 de la Ley procesal, concretamente el párrafo primero del apartado 2º, dando entrada a la obligatoriedad del intento de acuerdo o conciliación en los supuestos de separación o divorcio contenciosos, quedando el citado párrafo redactado de la siguiente manera: *“2º 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, en la que se intentará un acuerdo de las partes y 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 tercer lugar, se reforma el apartado 2º del artículo 775, que queda redactado del siguiente modo: *“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”.

Se modifica el artículo 777 (apartado 2º) en los siguientes términos: “2. *Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción de 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 familia. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos , en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo”.*

Por último, se reforma el apartado 5 del artículo 777, quedando redactado de la siguiente manera: “5. *Si hubiera 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 Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días”.*

4. SÍNTESIS DE LAS CORRECCIONES PROCESALES DE LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO EN LOS PROCEDIMIENTOS MATRIMONIALES.

a) No necesidad de hacer constar en la demanda la causa o causas de la ruptura.

Constituye, como ya se apuntó, una novedad interesante de la Ley en aras a una mayor simplicidad del procedimiento, si bien hay excepciones a esta regulación, concretamente en todos los supuestos en que la ruptura se fundamenta en causas que supongan peligro para la integridad física, libertad sexual del demandante o de los hijos. Por otra parte, existen otras circunstancias aunque no son elementos causales de la ruptura, sí deben ser tenidas en cuenta como hechos a motivar en el escrito, sobre todo en el ámbito de la adopción de medidas, cuya propuesta fundada reseña la ley expresamente. Son datos que, a pesar de que presentan una inocuidad en la separación o divorcio, pueden amparar el motivo y justificación de tales medidas; cabe citar a título de ejemplo, aquellas circunstancias que sirven de base para fundamentar una privación de la patria potestad, para fijar el régimen de visitas, etc. Esos incumplimientos a los que hace referencia el artículo 170 del Código Civil, deben ponerse de manifiesto para evaluar la medida o medidas a adoptar en aras a la salvaguarda del cónyuge más débil o de los menores (drogodependen-

cias, alcoholismo, perturbaciones mentales en ciertos casos y cualesquiera otras que aconsejen una decisión puntual en orden a la regulación judicial de las relaciones entre partes).

Con todo esto sentado, hay que partir de la base de que los hechos alegados pudieran ser constitutivos de algún acto de violencia de género, en cuyo caso entraría en escena la Ley Orgánica 1/2004 de 28 de diciembre sobre Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la cual añade un nuevo artículo, el 49 bis de la ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuyo texto, en el párrafo 2º es el siguiente: “2. Cuando un Juez que esté conociendo de un procedimiento civil, tuviese noticia de la posible comisión de un acto de violencia de género, que no haya dado lugar a la iniciación de un proceso penal, ni a dictar una orden de protección, tras verificar que concurren los requisitos del párrafo tercero del artículo 87 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, deberá inmediatamente citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que se celebrará en las siguientes 24 horas a fin de que éste tome conocimiento de cuantos datos sean relevantes sobre los hechos acaecidos. Tras ella, el Fiscal, de manera inmediata, habrá de decidir si procede en las 24 horas siguientes, a denunciar los actos de violencia de género, o a solicitar orden de protección ante el Juzgado de Violencia sobre la Mujer que resulte competente. En el supuesto de que se interponga denuncia o se solicite la orden de protección, el Fiscal habrá de entregar copia de la denuncia o solicitud en el tribunal, el cual continuará conociendo del asunto hasta que sea, en su caso, requerido de inhibición por el Juez de Violencia sobre la Mujer competente”.

b) Propuesta fundada de medidas.

Como se apuntó al comienzo, la Ley 15/2005, de 8 de julio, incluye la exigencia de que en documento separado se contenga la propuesta fundada de medidas que hayan de regular los efectos de la separación o del divorcio. La novedad consiste en que antes de la Ley 15/2005, era en el texto de la demanda donde se fijaban los fundamentos de las medidas interesadas, debiendo reseñarse en el suplico las peticiones concretas del objeto de la *litis*. Entendemos que la *ratio legis* no obedece, tanto a que existan dos documentos, la demanda y el escrito de fundamentación de medidas, sino que estas últimas (las medidas) se encuentren extensamente justificadas y expuestas, lo que por Ley debiera hacerse en escrito aparte, aunque no quedaría desvirtuada la precisión legal si ello se realizara en la demanda principal. Lo que es evidente es que, según dijimos ya con anterioridad, las consecuencias de no fijar la propuesta fundamentada de medidas, debiera conducir a un requerimiento judicial de subsanación al amparo de lo dispuesto en el artículo 231 de la Ley

de Enjuiciamiento Civil⁵.

c) Reconvencción.

Como ya expusimos, se modifica en la Ley 15/05 la regla 2ª del art. 770, estableciéndose una nueva redacción de la misma: *“La reconvencción se propondrá con la contestación a la demanda. El actor dispondrá de diez días para contestarla.*

Sólo se admitirá reconvencción:

- a) Cuando se funde en alguna de las causas de puedan dar lugar a la nulidad del matrimonio.*
- b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.*
- c) Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.*
- d) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio”.*

Puede decirse que estamos ante una reforma procesal de menor entidad, ya que el régimen vigente es sustancialmente similar al anterior, si bien en la redacción se explicitan con mayor extensión los supuestos contemplados.

d) Exploración de menores.

Según se indicó anteriormente, la Ley 15/ 2005, de 8 de julio, añade un nuevo párrafo al final de la regla 4ª del artículo 770, con la siguiente redacción:

“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”. También se introduce una nueva regla 7ª al citado artículo con la siguiente redacción: *“7ª, Las partes de común acuerdo podrán solicitar la suspensión del proceso de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de esta Ley, para someterse a mediación”.*

Ello se complementa con la nueva redacción del artículo 92 del Código Civil, al señalar que: *“El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos”.*

La nueva redacción refuerza el derecho del menor a ser oído, debiendo

⁵ Vid. E. SANTANA PÁEZ, op.cit., pág 14.

tenerse en cuenta que el párrafo 6º del artículo 92 establece que: *“En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal u oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Ministerio 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”*⁶.

5. DESARROLLO DE LOS PROCEDIMIENTOS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

a) Procedimiento de nulidad matrimonial.

La competencia para conocer del proceso de nulidad es del Juez de Primera Instancia correspondiente al domicilio conyugal común. A falta de éste, en el caso de que los cónyuges residan en distintos partidos judiciales será competente a elección del demandante el Juez correspondiente al último domicilio conyugal o el de la residencia del demandado. Cuando el demandado carezca de domicilio o residencia fija podrá ser demandado en el lugar en el que se halle, en el de su última residencia o en su defecto, será competente el Juez correspondiente al domicilio del actor.

El proceso comienza con la presentación de una demanda, en la que habrá que solicitar la nulidad del matrimonio por alguna de las causas a las que se refiere el artículo 73 del Código Civil, y solicitar las medidas que se estimen pertinentes; a la demanda necesariamente habrán de acompañarse los siguientes documentos:

- Certificación literal de matrimonio.
- Certificación de inscripción en el Registro Civil del nacimiento de los hijos.
- Documentos en los que el cónyuge funde su derecho, esto es, que acrediten la causa de nulidad que se alegue.

Cuando se soliciten medidas de naturaleza económica, habrá que aportar los documentos que permitan evaluar la situación económica de los cónyuges y en su caso de los hijos. Se mencionan en el artículo 770 entre tales, las certificaciones tributarias, nóminas, certificaciones bancarias, títulos de propiedad y certificaciones del Registro. No se trata de una lista cerrada por lo que es posible aportar otros documentos. Con frecuencia y para los casos en los que

⁶ *Ibídem*, pág.18.

no se dispone de esta documentación se puede solicitar por medio de otrosí que se libren oficios a fin de averiguar la situación patrimonial del cónyuge demandado o del hijo.

Ya dijimos que la nueva Ley modifica el punto 2.º del artículo 770 en orden a la reconvencción, de manera que sólo podrá admitirse reconvencción en los siguientes casos tasados en el citado precepto.

Por lo demás, el procedimiento que se sigue es el del juicio verbal con la salvedad de que existe trámite de contestación a la demanda dentro del plazo de 20 días.

En el supuesto de que en la contestación a la demanda se formule reconvencción se dará traslado de la misma al demandante a fin de que la conteste en el plazo de diez días.

Al acto de la vista las partes deben necesariamente comparecer, siendo preceptiva la asistencia letrada y la representación con procurador. En la vista se practicarán las pruebas propuestas y admitidas siempre que sea posible hacerlo, en otro caso se realizarán en el plazo de treinta días.

El Tribunal puede acordar de oficio la práctica de las pruebas que estime pertinentes para acreditar la concurrencia de la causa de nulidad propuesta y para adoptar las medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados.

Como en el resto de los procedimientos matrimoniales es preceptivo oír a los menores de edad, mayores de doce años y a los menores de esa edad, si el Juez considera que tienen suficiente juicio.

La Ley establece la necesidad de oír a los mayores de doce años sobre las medidas que le afecten lo que no significa que necesariamente deba de adoptar la medida en el sentido que manifieste el menor.

En lo referente a la intervención de los menores en el proceso, es necesario atender a lo establecido en el artículo 770.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al disponer, como vimos, que *se garantizará por el juez que el menor pueda ser oído en condiciones idóneas para la salvaguarda de sus intereses, sin interferencia de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario.*

En cualquier momento los cónyuges pueden solicitar la continuación del procedimiento por los trámites de la separación y divorcio de mutuo acuerdo, y también –y esto es una novedad introducida por la nueva ley– pueden solicitar la suspensión del procedimiento para someterse a *mediación familiar* con el fin de llegar a un acuerdo sobre las condiciones de su nulidad matrimonial.

b) Proceso de separación o divorcio de mutuo acuerdo.

La principal novedad que introduce la nueva regulación de las crisis matrimoniales es la posibilidad de acudir directamente al divorcio sin tener

que solicitar previamente la separación ni que transcurra un año desde la interposición de la demanda para acudir al divorcio. En la nueva normativa la separación y el divorcio se configuran como dos opciones distintas e independientes que se reconocen a los cónyuges.

Se justifica este cambio, en que, tras el casi cuarto de siglo transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley de 7 de julio de 1981, *se han evidenciado las disfunciones que tal dualidad producía, perpetuando el conflicto entre los esposos, demorando situaciones irreversibles y deteriorando aún más la relación entre los integrantes del matrimonio.*

Se pretende evitar así el doble procedimiento, para lograrlo se admite la disolución del matrimonio por divorcio sin previa separación judicial o de hecho, con el consiguiente ahorro de costes y de tiempo. En todo caso, se conserva la separación, para aquellos supuestos en que los cónyuges, por las razones que sean, no consideren oportuno disolver el vínculo matrimonial.

El procedimiento se inicia mediante una demanda presentada por los dos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. A la demanda deberá de acompañarse necesariamente:

- La certificación literal de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil. En este punto es necesario recordar que el libro de familia no es prueba suficiente y que es necesario aportar junto con la demanda la certificación literal de matrimonio expedida por el Registro Civil.
- Las certificaciones de nacimiento de los hijos del matrimonio si los hubiere.
- La propuesta de convenio regulador de la separación o divorcio a que se refiere el artículo 93 del Código Civil.
- El documento o documentos en los que los cónyuges funden su derecho. Se refiere a los documentos que prueben la causa de separación o divorcio que se alegue.

Teniendo en cuenta que tras la reforma es suficiente con que transcurran tres meses desde la celebración del matrimonio para poder solicitar la separación o el divorcio, bastaría con aportar la certificación literal de matrimonio, que será el medio idóneo para acreditar el transcurso de esos tres meses.

El último inciso del artículo 777.2 de la Ley Enjuiciamiento Civil establece que en los casos en los que, algún hecho relevante no pueda probarse mediante documentos, en el mismo escrito de demanda deberán de proponerse los medios de prueba para acreditarlos.

Una vez admitida la demanda, se mandará citar a los cónyuges, en el plazo de tres días, para que se ratifiquen, por separado. Si alguno de ellos no se ratifica, se acordará el archivo inmediato del procedimiento, quedando a

salvo el derecho de los cónyuges a instar la separación o el divorcio contenciosos. Ratificada la demanda, cuando la documentación aportada fuera insuficiente se concederá a los solicitantes un plazo de diez días para subsanar este defecto. Dentro de este plazo pueden practicarse las pruebas que los cónyuges hubieran propuesto o las que el Juez estime oportunas para acreditar la concurrencia de las circunstancias exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de los extremos del convenio regulador.

Tras la reforma, y en el caso de existir menores o incapacitados, se recabará informe del Ministerio Fiscal y se oír a los menores si tuvieran suficiente juicio y si el Juez lo considera oportuno, o se solicitase *por el Ministerio Fiscal, las partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor*.

De la nueva redacción del punto 5 del artículo 777 cabe deducir que:

- Ya no es obligatorio oír a los mayores de doce años.
- Deberán de ser las partes o el Ministerio Fiscal las que soliciten el trámite de audiencia al menor.
- Será el Juez quien decida si el menor tiene o no suficiente juicio para ser oído.

Es desafortunada la mención al Equipo Técnico Judicial, puesto que su intervención tiene lugar en los supuestos de separación o divorcio contenciosos en los que no existe acuerdo entre los cónyuges sobre las medidas que afectan a los menores, y el artículo 777 se refiere exclusivamente a la separación o divorcio de mutuo acuerdo.

Asimismo, se oír al menor a petición propia, lo que plantea el problema de determinar cómo va un menor a comparecer en un procedimiento judicial y solicitar ser oído.

Tras el periodo de prueba y la audiencia a los menores, o en el caso de no existir estos trámites, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges el Juez dictará Sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose sobre el convenio regulador, sentencia que es recurrible en apelación en el plazo de cinco días.

En el supuesto de que la Sentencia apruebe íntegramente el convenio regulador sólo es posible recurso de apelación a instancia del Ministerio Fiscal en interés de los hijos menores o incapacitados.

Existe la posibilidad de que la Sentencia conceda la separación o el divorcio solicitado, pero no apruebe en todo o en parte el convenio regulador propuesto, en cuyo caso, se concede a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio. Transcurrido este plazo el Juez dictará Auto dentro del tercer día resolviendo lo procedente. Si las partes no someten nuevo convenio, el Juez suplirá la voluntad de los cónyuges, siendo el Auto que fija estas

medidas susceptible de recurso de apelación, que no suspenderá la vigencia de dichas medidas.

Ya apuntamos que la nueva Ley facilita la transformación de cualquier procedimiento, inicialmente contencioso, en uno de mutuo acuerdo, introduciéndose como novedad en el artículo 770 número 7 la posibilidad de que las partes de común acuerdo soliciten la suspensión del procedimiento para someterse a mediación familiar⁷.

c) Procedimiento de separación o divorcio contencioso a instancia de uno de los cónyuges

Como se aludió, en la regulación de la Ley 30/81, de 7 de julio, era necesario que se alegase por el demandante alguna de las causas de separación o de divorcio recogidas respectivamente en los antiguos artículos 82 y 86 del Código Civil. Sin embargo la praxis judicial vino atenuando tales exigencias, al admitir que el mero cese en el afecto entre los esposos o la simple incompatibilidad de caracteres, equivalía al incumplimiento de las obligaciones recíprocas entre los cónyuges y por tanto era causa de separación o de divorcio.

Después de la reforma de la Ley 15/05, sólo se exige el transcurso de *tres meses* desde la celebración del matrimonio para que cualquiera de los cónyuges pueda solicitar la separación o el divorcio. Incluso, y de forma excepcional, cuando se acredite la existencia de *peligro para la vida, la integridad física, la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio, no será necesario esperar plazo alguno para la solicitud de separación o divorcio.*

Al igual que las demandas de mutuo acuerdo, las de separación y divorcio contenciosas se sustancian también conforme a los trámites del juicio *verbal* con las siguientes peculiaridades:

-A la demanda de separación debe acompañarse la certificación de la inscripción de matrimonio en el Registro Civil, así como, en su caso, la de nacimiento de los hijos y los documentos en los que el cónyuge funde su derecho.

-Si se solicitan medidas de carácter patrimonial, el demandante debe acompañar los documentos en que base su pretensión a título de prueba documental.

-Como vimos al abordar el procedimiento de nulidad, en la contestación a la demanda es posible formular reconvencción, de la que se dará traslado al cónyuge demandante por término de diez días. La reconven-

⁷ Vid. A. PANIZO ROMO DE ARCE, *El proceso matrimonial*, 2ª ed., Madrid 2003, págs. 124 ss.

ción sólo podrá fundarse en alguna de las causas que establece la Ley: alguna de las causas que dan lugar a la nulidad del matrimonio; cuando el cónyuge demandado de separación pretenda el divorcio; y cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas no solicitadas por el actor y que el Juez no esté obligado a acordar de oficio.

-En la contestación a la demanda también se podrá solicitar, de acuerdo con el artículo 773.4 de la Ley Enjuiciamiento Civil, la adopción de medidas provisionales si no hubiesen sido solicitadas por el actor en su demanda. En este caso se sustanciarán en la vista principal, cuando ésta se hubiere señalado dentro de los diez días siguientes a la contestación.

-A la vista deben concurrir las partes asistidas de abogado y representadas por procurador. La incomparecencia sin causa puede determinar que se tengan por probados los hechos alegados por la otra parte.

-En la vista oral deberán practicarse las pruebas propuestas y admitidas, y si no es posible practicarlas en el acto de la vista, se llevarán a cabo en plazo señalado por el Juez que no podrá exceder de treinta días. Las pruebas pueden ser cualesquiera de las admitidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil.

- El Juez puede acordar de oficio la práctica de otras pruebas no interesadas por las partes para comprobar la concurrencia de las circunstancias exigidas en cada caso, así como las que se refieran a las medidas que afecten a los hijos menores o incapaces tras oírles si tuvieren suficiente juicio.

- En cualquier momento del procedimiento los cónyuges podrán solicitar que el mismo se siga por los trámites establecidos para la separación y divorcio de mutuo acuerdo. También, en cualquier momento se podrá interesar la suspensión para someter la causa a mediación, y ello por un plazo máximo de sesenta días. Si dado el éxito de la mediación, los cónyuges logran un acuerdo sobre las condiciones de su separación, deberán presentarlo ante el Juez para su aprobación, continuándose, en tal caso, el procedimiento por los trámites establecidos para la separación o divorcio de mutuo acuerdo en el artículo 777. En la vista del juicio los cónyuges podrán someter al Juez los acuerdos a que hubieran llegado para regular las consecuencias de la separación o divorcio, proponiendo la prueba que consideren oportuna para acreditar su procedencia.

-Celebrado el juicio, y, en su caso, transcurrido el periodo señalado para la fase probatoria, el Juez dictará Sentencia por la que declarará si ha lugar o no a la separación o el divorcio solicitado, y determinará las medidas relativas a los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matri-

monio, la disolución del régimen económico matrimonial y las caute-
las o garantías que procedan.

-Contra la Sentencia dictada en primera instancia cabe recurso de
apelación en el plazo de cinco días. En todo caso, las medidas fijadas
tienen eficacia inmediata, aún cuando hayan sido recurridas. Si el
recurso sólo afecta a las medidas, se declarará la firmeza de la
Resolución sobre nulidad, separación o divorcio⁸.

d) medidas provisionales.

Nuestro ordenamiento contempla dos tipos de medidas provisionales: las
solicitadas con carácter previo a la interposición de la demanda de nulidad,
separación o divorcio (medidas previas, denominadas anteriormente provisio-
nalísimas); y las que se interesan en la misma demanda principal, llamadas
simultáneas.

1º) Medidas previas a la interposición de la demanda principal.

Ya las hemos definido como aquellas que se interesan antes de haber
interpuesto la demanda principal, a tenor del artículo 771 de la Ley procesal.
Para formular la solicitud no es precisa la intervención de Abogado ni
Procurador, si bien dicha intervención sí será necesaria para todo escrito y
actuación posterior al trámite de la solicitud.

Según lo dispuesto en el número dos del mencionado artículo 771, el Juez
cita a los cónyuges a una comparecencia en el plazo de diez días a la que deben
acudir las partes con la asistencia y representación mencionadas. Si existen
hijos menores o incapacitados, también deberá ser citado el Ministerio Fiscal.

En la providencia en que se señale día y hora para la comparecencia, en
casos de urgencia, el Juez acordará lo procedente sobre la guarda y custodia
de los hijos y el uso de la vivienda y ajuar familiar, no cabiendo recurso contra
dicha resolución⁹.

El Juez intentará el acuerdo de los cónyuges, si bien, no siendo posible
éste, tras oír al cónyuge demandado y, en su caso, al Ministerio Fiscal, practi-
cará la prueba que se proponga y no sea inútil o impertinente. Si alguna de las
pruebas no pudiera celebrarse en el acto de la vista, se señalará fecha para su
práctica dentro de los diez siguientes. El Juez dictará Auto en el plazo de tres
días contra el que no cabe recurso alguno.

Es principal característica de estas medidas su precaria subsistencia si en
el plazo de treinta días no se interpone la demanda de nulidad, separación o

⁸ *Ibidem*, págs. 136 ss.

⁹ Vid. E. SERRANO ALONSO, *El nuevo matrimonio civil*, Madrid 2005, pág. 148.

divorcio, ya que, en tal supuesto, quedarían sin efecto, no obstante entendemos que nada impide solicitar del Juez una prórroga en tal caso.

Presentada la demanda de nulidad, separación o divorcio, el Juez puede modificar o completar las medidas acordadas para lo cual se convocará a las partes a nueva comparecencia que se sustanciará conforme a lo que establece el artículo 772 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

2º) Medidas provisionales simultáneas a la admisión a trámite de la demanda de nulidad, separación o divorcio.

Tales medidas están reguladas en el artículo 773 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Pueden ser solicitadas por cualquiera de los cónyuges, en sus escritos, respectivamente de demanda y de contestación a la demanda. La tramitación de la solicitud se realiza por el mismo procedimiento que el establecido para las medidas previas. En el caso de solicitud por el cónyuge demandado, su petición se sustanciará en la vista principal si puede celebrarse dentro de los diez días siguientes la contestación de la demanda; en caso contrario deberá de señalarse una comparecencia que se tramitará conforme a lo dispuesto en el artículo 771. Tales medidas tienen vigencia en tanto no son sustituidas por las definitivas que contenga la Sentencia de nulidad, separación o divorcio¹⁰.

3º) Modificación de las medidas.

Las medidas tratadas, incluso las definitivas acordadas en Sentencia deben adecuarse en cada momento a las circunstancias de uno y otro cónyuge así como a las de los hijos. Es por ello por lo que la ley permite la modificación de las mismas, *siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas*. Si la modificación se hace de común acuerdo entre los cónyuges el procedimiento a seguir es el establecido en el artículo 777 para la separación y divorcio de mutuo acuerdo. Por el contrario, si no existe acuerdo entre los cónyuges, el procedimiento se sustancia por los trámites establecidos en el artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

¹⁰ Ibídem, pág. 150.