

CONSECUENCIAS PATERNO - FILIALES Y ECONOMICAS DE LOS PROCESOS DE NULIDAD, SEPARACION Y DIVORCIO, DURANTE SU TRAMITACION

SUMARIO: A) Aportación por los litigantes de un convenio regulador de sus relaciones.—B) Solicitud por alguno de los litigantes de las medidas provisionales del artículo 103 del Código Civil.—C) Adopción por el Juez de medidas provisionales.

El estudio de las consecuencias que, sobre el régimen paterno-filial y económico, producen los procesos matrimoniales puede realizarse desde dos puntos de vista diferentes: el primero referido a tales consecuencias, desde el momento de su iniciación hasta su finalización por sentencia firme; el segundo examinando las consecuencias de la sentencia estimatoria sobre los hijos, domicilio y patrimonio conyugal.

Esto nos lleva, de principio, a la diversificación entre dos tipos de efectos y consecuencias: unos de los que hay que predicar su provisionalidad y que encuentran su razón de ser en el necesario transcurso de tiempo que un proceso requiere para sustanciarse; otros que hay que conceptuar como definitivos y que derivan de una declaración jurisdiccional estimando la separación, divorcio o nulidad de un matrimonio.

Por nuestra parte, nos vamos a circunscribir al estudio de los primeros, ya que los segundos consideramos exceden de un trabajo que pretende ser estrictamente procesal¹.

1. Sobre el tema pueden consultarse, entre otras, las obras siguientes:

M. Alonso Pérez, *El divorcio y la reforma del Derecho matrimonial español* (Salamanca 1981); *La nueva legislación española sobre el matrimonio*, Simposio de Tribunales eclesiásticos (Mallorca, setiembre 1981); Lorca Navarrete, Dencic Velasco, *El divorcio. Causas y procedimiento* (San Sebastián 1981); L. Zanon Masdeu, *El divorcio en España (Ley 7 de julio 1981)* (Barcelona 1981); F. Vega Sala, *La regulación del divorcio en España* (Barcelona 1981); Jordano Barea, 'El nuevo sistema matrimonial español', en *Anuario de Derecho Civil* IV (1981) 903; M. López Alarcón, 'Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio. Cuestiones generales', en *Rev. La Ley* II (1982) 832; 'Efectos de las sentencias de nulidad, separación y divorcio. Cuestiones particulares', en *Rev. La Ley* II (1982) 909; C. Vázquez Izurubieta, *Régimen jurídico de la celebración y disolución del matrimonio* (Madrid 1981); 'La pensión indemnizatoria en los juicios de separación y divorcio', en *Rev. La Ley* II (1982) 817; La Cruz Berdejo y otros, *Comentarios a la Ley de divorcio* (Madrid 1982); A. Pérez Gordo, *Los juicios matrimoniales* (Barcelona 1982); Caballero Gea, *La Ley del divorcio* (Pamplona 1982); Entrena Kleet, *Matrimonio, separación y divorcio (En la legislación actual y en la historia)* (Pamplona 1982); E. Valladares Rascón, *Nulidad, separación y divorcio* (Madrid 1982).

Así pues, vamos a distinguir, puesto que así lo hace el legislador, entre los efectos que produce la mera admisión de la demanda en estos procesos, y cuya regulación se encuentra en el artículo 102 del Código Civil, y las medidas que necesariamente han de regir la vida y patrimonio de los cónyuges, así como las relaciones con sus hijos, hasta que se dicte una sentencia por la que se regule definitivamente su situación legal.

1. Por lo que se refiere a los efectos que la mera admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio producen, vienen expresamente recogidos en el artículo 102 del Código Civil, conforme a su nueva redacción y son las siguientes:

A) Posibilidad de que los cónyuges puedan vivir separados.

B) Cesación, en cualquier caso, de la presunción de convivencia conyugal.

C) Revocación «ex lege» de todos los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges pudiera haber otorgado al otro.

D) Cesación de la posibilidad de que cualquiera de los cónyuges pueda vincular los bienes del otro, en el ejercicio de la potestad doméstica a que se refiere el artículo 1.319 del Código Civil, según la nueva redacción que le confirió la Ley de 13 de mayo de 1981². Ahora bien, esta que puede considerarse regla general puede, sin embargo, ser dejada sin efecto por las partes litigantes, mediando pacto entre ellas, que habrá que entender como expreso aun cuando nada diga la Ley al respecto.

E) Finalmente el último párrafo del artículo 102 del Código Civil que estamos examinando, establece literalmente lo siguiente: «A estos efectos (todos los anteriores) cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil».

Como puede observarse lo que el legislador hace aquí es ofrecer a cualquiera de las partes en litigio, la posibilidad de poder solicitar una anotación preventiva de demanda con la finalidad de garantizar registralmente la producción de los efectos antedichos³.

2. Artículo 1.319 del Código Civil, modificado por Ley 13 mayo 1981:

“Cualquiera de los cónyuges podrá realizar los actos encaminados a atender las necesidades ordinarias de la familia, encomendadas a su cuidado, conforme al uso del lugar y las circunstancias de la misma”.

“De las deudas contraídas en el ejercicio de esta potestad responderán solidariamente los bienes comunes y los del cónyuge que contraiga la deuda y, subsidiariamente, los del otro cónyuge”.

“El que hubiere aportado caudales propios para satisfacción de tales necesidades tendrá derecho a ser reintegrado de conformidad con su régimen matrimonial”.

3. Sobre la anotación preventiva de demanda pueden consultarse, entre otros:

Gómez de la Serna, ‘Anotación preventiva’, en *Enciclopedia Jurídica Seix* II, 780; J. Puig Brutau, ‘Anotación preventiva’, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* II, 681; R. Feced, ‘La anotación preventiva de demanda. Su valor jurídico’, en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario* (1947) 65; De la Rica y Arenal, ‘La caducidad de las anotaciones preventivas judiciales’, en *Rev. de Derecho Privado* (1952) 893; R. Moutas Merás, ‘El problema de la caducidad de las anotaciones preventivas de demanda’, en *Rev. de Derecho Privado* (1955) 154; L. Díez Picazo, ‘Las anotaciones preventivas’, en *Rev. de*

2. En cuanto a las consecuencias que la sustanciación del proceso lleva consigo, se materializan en la necesaria adopción de una serie de medidas que van a afectar a las relaciones paterno-filiales, económicas y patrimoniales de los cónyuges en litigio. Y a este respecto, el legislador nos ofrece un abanico de posibilidades que serían las siguientes: A) Que los cónyuges litigantes aporten un convenio regulador de su situación en los términos del artículo 90 del Código Civil. B) Que no se aporte tal convenio, pero que por alguno de los litigantes se solicite del Juez la adopción de las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, asimismo del Código Civil. C) Que no exista convenio, ni se solicite del órgano jurisdiccional la adopción de las medidas antedichas, en cuyo caso será a éste al que le corresponderá «ex officio» la adopción de las mismas, tal y como expresamente preceptúa el citado artículo 103.

En cualquiera de tales casos, se ofrecen una serie de posibilidades y particularidades que vamos a pasar a examinar por separado.

A) *Aportación por los litigantes de un convenio regulador de sus relaciones*

En este supuesto pueden producirse varias situaciones, que se encuentran en función de la pretensión concreta que se ejercite y de la existencia o no de acuerdo entre los cónyuges para la iniciación del proceso.

a) Así, cuando se trata de un proceso cuyo objeto lo constituye la pretensión de separación o divorcio y esta se ejercita a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, es preceptivo que al escrito de demanda se acompañe la propuesta de convenio regulador de la separación o el divorcio, conforme a lo previsto por los artículos 81, 1.º y 86 del Código Civil, y con el contenido que se establece en el artículo 90 del precitado cuerpo legal, relacionados con lo preceptuado por la Disposición Adicional Sexta de la Ley de 7 de julio de 1981, en sus apartados Uno y Dos 4.

Derecho Notarial (1964) 7); Villares Pico, 'Anotaciones preventivas', en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario* (1968) 33; Roca Sastre, *Derecho Hipotecario* III (Barcelona 1968) 422; J. García García, 'Liquidación de anotaciones preventivas', en *Rev. Crítica de Derecho Inmobiliario* (1970) 1.147; Serra Domínguez, *Teoría general de las medidas cautelares en el proceso civil* (con Ramos Méndez) (Barcelona 1974) 56; A. Montes Reyes, 'La anotación preventiva de demanda como manifestación de la justicia preventiva', en *El sistema de medidas cautelares* (Pamplona 1974) 203; *Registro y proceso: anotaciones preventivas* (Salamanca 1978); F. Ramos Méndez, *La anotación preventiva de demanda* (Barcelona 1980) así como la bibliografía que éste cita en las páginas 222 a 224.

4. Artículo 81, número 1.º del Código Civil:

"Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio":

"1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio reeulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código".

Artículo 86 "in fine" del Código Civil:

"Cuando el divorcio sea solicitado por ambos o por uno con el consentimiento del

Así pues, aportado el convenio, habrá de ser aprobado por el Juez (o sea, preceptivamente), según se deduce del párrafo segundo del artículo 90 del Código Civil: «Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio, serán aprobados por el Juez...» con la excepción, que en el mismo artículo se prevé de que sean «dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges»; circunstancias estas que, aun cuando la Ley no dice nada expresamente al respecto, hay que entender que será el propio Juez quien determinará su posible concurrencia conforme a su criterio.

La forma de la aprobación no la dice el Código Civil, aun cuando puede deducirse que podrá ser una providencia. Y decimos esto ya que si el convenio no fuera aprobado, por la concurrencia de alguna de las circunstancias antedichas, la resolución judicial habría de adoptar forma de auto, conforme nos dice el precepto que comentamos al establecer que «la denegación habrá de hacerse mediante resolución motivada». Lógicamente un auto, puesto que el artículo 369 de la Ley de Enjuiciamiento Civil nos dice que las resoluciones jurisdiccionales que tengan carácter decisorio adoptarán tal forma, «cuando no esté prevenido que se dicten en forma de sentencia».

En el supuesto de producirse la denegación del convenio, los cónyuges litigantes habrían de someter a la consideración del Juez una nueva propuesta del mismo, según preceptúa el párrafo segundo del artículo 90 que estamos examinando. Y de ser denegada nuevamente su aprobación hay que entender que entraríamos en las previsiones del artículo 103 del Código Civil⁵, de forma tal que sería el propio Juez quien tendría que adoptar las medidas provisionales que en él se relacionan; medidas que, a su vez, serían sustituidas

otro deberá necesariamente acompañarse a la demanda o al escrito inicial la propuesta del convenio regulador de sus efectos, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código”

Artículo 90, párrafo primero, del Código Civil:

“El convenio regulador a que se refieren los artículos 81 y 86 de este Código deberá referirse, al menos, a los siguientes extremos:”

“A) La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos”.

“B) La atribución del uso de la vivienda y apuar familiar”.

“C) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantía en su caso”.

“D) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio”.

“E) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges”.

Disposición Adicional Sexta, Ley 7 julio 1981:

“Uno. Las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges, o por uno con el consentimiento del otro, se tramitarán por el procedimiento establecido en la presente disposición adicional”.

“Dos. La petición se formulará por escrito y a la misma deberá acompañarse... propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en el artículo 90 del Código Civil...”.

5. Artículo 103, párrafo primero, del Código Civil:

“Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará, con audiencia de éstos, las medidas siguientes...”.

por las definitivas que pudieran acordarse en la sentencia, según lo preceptuado por el artículo 91 del citado texto legal⁶.

Si por el contrario, el convenio regulador se aprueba ello supone que lo acordado en él va a regir las relaciones paterno-filiales, económicas y patrimoniales de los cónyuges, desde el momento mismo en que tenga lugar la aprobación. Y tanto es así que el párrafo tercero del artículo 90 del Código Civil, nos dice en su último punto que desde la aprobación judicial, los acuerdos de los cónyuges «podrán hacerse efectivos por la vía de apremio». Esto supone, consecuentemente, que no sólo van a regir durante la sustanciación del proceso, sino incluso después de finalizado si el Juez declara la nulidad, la separación o el divorcio; con independencia de que puedan ser posteriormente modificados «judicialmente o por nuevo convenio, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias», según nos dice el párrafo tercero del artículo 90 del Código Civil.

Esta que puede considerarse regla general, ofrece una serie de particularidades cuando se dé la circunstancia prevista en el apartado Seis de la Adicional Sexta: que en el matrimonio haya hijos menores o incapacitados. En este supuesto, el Juez antes de la aprobación del convenio deberá proceder a dar audiencia del mismo al Ministerio Fiscal, sobre los términos en que éste deja a aquellos hijos, durante el plazo de cinco días, pudiendo también «en su caso» dar audiencia a éstos. Una vez transcurrido el referido plazo, y haya sido o no emitido informe por el Ministerio Fiscal, el Juez adoptará alguna de las siguientes decisiones:

— Considerar que los términos del convenio son suficientes para la protección del interés de los hijos, en cuyo caso procederá a su aprobación.

— Considerar, contrariamente, que los términos del convenio son insuficientes o inadecuados en relación con los hijos. En este supuesto dictará resolución solicitando a las partes un nuevo texto sobre aquel punto, en el plazo improrrogable de cinco días y que propongan los medios de prueba que consideren oportunos para conseguir su aprobación. Una vez practicada la prueba, se concede al Juez la posibilidad de hacer uso, para mejor proveer, de cualquier otra que considere necesaria (incluso la testifical) y una vez practicada, en su caso, dictará sentencia resolviendo sobre la pretensión de separación o divorcio y, al mismo tiempo, pronunciándose acerca de la aprobación o desaprobación de la propuesta de convenio referente a los intereses de los hijos. Si se aprueba no se plantean más problemas y aquí finaliza el

6. Artículo 91 del Código Civil:

“En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias”.

procedimiento; si, por el contrario, la propuesta se rechaza, el Juez concederá un nuevo plazo a los cónyuges para que propongan otro convenio más sobre este punto, que será de diez días. Finalizado este plazo, el Juez resolverá por medio de auto, con independencia de que haya sido presentada o no la nueva propuesta, en el término de tres días. Contra esta resolución podrá recurrirse en apelación, en plazo de cinco días, ante la Audiencia Territorial correspondiente.

Cómo puede observarse, el convenio regulador puede ser aprobado en su totalidad sobre la base del acuerdo de los cónyuges, o puede serlo sólo en parte conforme a dicho acuerdo, y en parte conforme al criterio del Juez, cuando en el matrimonio existan hijos menores o incapacitados. Y en este segundo caso nos encontramos con que, hasta que se dicte la resolución judicial, habrán de adoptarse las pertinentes medidas acerca de los hijos. Esto supone que entramos dentro de las previsiones del artículo 103 del Código Civil (ver cita 5) de forma tal que, sobre el punto que no hubiera sido aprobado por el Juez, éste habrá de proceder a la adopción de medidas de carácter provisional mientras se resuelve definitivamente.

b) Cuando se trate de procesos en los que se ejercite la pretensión de separación o divorcio por uno sólo de los cónyuges, sin mediar consentimiento del otro para ello, como sucedía en el supuesto anteriormente examinado; o tratándose de un proceso de nulidad, en cualquier caso, la propuesta del convenio regulador de las relaciones inter partes al que estamos haciendo referencia podrá acompañarse voluntariamente al correspondiente escrito de demanda, debiendo tener el mismo contenido que veíamos antes, es decir, lo que al respecto establece el artículo 90 del Código Civil (ver cita 4).

Esta posibilidad de aportación de convenio regulador en los supuestos a que nos hemos referido, no viene expresamente recogida por la Ley, pero encontramos una serie de motivaciones que avalan nuestra afirmación, por lo menos desde nuestro punto de vista. En primer lugar, por cuanto en ningún precepto se prohíbe, expresa ni tácitamente, tal posibilidad, haciendo bueno de tal forma el conocido aforismo jurídico de que «donde el legislador no distingue, tampoco hemos de distinguir nosotros»; por otra parte, el mismo Código Civil nos da pie en su artículo 90 para nuestra postura, al decirnos en su párrafo tercero que «*Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges*», y establecer en el siguiente párrafo: «*Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo, o las convenidas por los cónyuges, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio cuando se alteren sustancialmente las circunstancias*». Como podemos observar, se habla en estos preceptos de acuerdos de los cónyuges, pero referidos al planteamiento de cualquier pretensión (nulidad, separación o divorcio) e independientes de la circunstancia de que el proceso se plantee o no con acuerdo de ambos litigantes.

Y es más, podemos observar que en el artículo 103 del Código Civil contenido en el Capítulo X del Libro IV, y cuyo epígrafe genérico es «De las medidas provisionales por demanda de nulidad, separación o divorcio», se dice literalmente lo siguiente en su párrafo primero: «Admitida la demanda, el Juez, *a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente*, adoptará con audiencia de éstos, las medidas siguientes...». Es decir, está refiriéndose implícitamente, a los supuestos que estamos examinando, ya que en los procesos de separación y divorcio no se distingue aquí que se hayan planteado o no de mutuo acuerdo y que sea o no preceptiva su aportación, sino que sencillamente se dice que se ha aportado un convenio y no ha sido aprobado por el Juez; y el de nulidad no puede tramitarse conforme al procedimiento de la Disposición Adicional Sexta, que es el único en que dicho convenio se exige de manera preceptiva y, sin embargo, se prevé que pueda aportarse también en un proceso de este tipo, desde el momento en que se prevé que el Juez pueda no aprobarlo.

Ahora bien, en cualquier caso, entendemos que la validez del convenio aportado de esta forma quedará condicionada a que sea aceptado por el otro cónyuge frente a quien se presenta la demanda, pudiendo darse una serie de supuestos:

— Que se presente una propuesta de convenio, en los términos del artículo 90 del Código Civil (ver cita 4), por el demandante o por el demandado, y que la parte contraria lo acepte íntegramente haciéndolo suyo. Aquí hay que entender que la situación es la misma que cuando la propuesta de convenio se aporta preceptivamente con el escrito inicial del procedimiento; es decir, entramos dentro de las previsiones del artículo 90 del Código Civil en su párrafo segundo, determinante de que el convenio se apruebe por el Juez de la manera que anteriormente veíamos y con sus mismas consecuencias y particularidades, incluidas, desde nuestro punto de vista, las que se producen al haber hijos menores o incapacitados y que se regulan por el apartado Seis de la Adicional Sexta, tal como vimos antes.

— Que se presente una propuesta de convenio, que puede ser tanto del actor como del demandado, igual que en el supuesto anterior, pero que la parte contraria no la acepte, en todos o alguno de sus términos. En este caso, la situación entraría dentro de las previsiones del artículo 103 del Código Civil, siendo consecuentemente el Juez quien procederá a la adopción de las medidas a las que se refiere el mencionado precepto (ver cita 7).

B) Solicitud, por alguno de los cónyuges litigantes, de las medidas provisionales reguladas por el artículo 103 del Código Civil'

Partimos aquí de la inexistencia de convenio regulador aportado por los litigantes, en cualquiera de las formas que anteriormente examinábamos, en

7. Estas medidas contenidas en el artículo 103 del Código Civil son las que siguen:
"1.ª Determinar en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar

cuyo caso establece la Ley dos posibilidades: una expresa y otra que puede deducirse de su contexto.

a) La solicitud expresa de medidas provisionales se regula en el artículo 104 del Código Civil, con la especial peculiaridad de que habrá de realizarse, en su caso (es una simple posibilidad que se confiere a los cónyuges) previamente a la incoación del proceso principal y condicionada a su planteamiento en un determinado plazo.

Así, el referido precepto se redacta de la siguiente manera: «El cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores» (es decir, tanto las medidas del artículo 103 a las que expresamente nos estamos refiriendo, como los efectos que el 102 atribuye a la mera presentación de la demanda y que estudiábamos en el número 1 de este mismo epígrafe).

«Estos efectos y medidas sólo subsistirán si dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente».

De tal forma, si una vez solicitadas y adoptadas tales medidas no se plantea el proceso principal en dicho plazo, esto producirá que queden sin efecto.

La aprobación de este tipo de medidas por el Juez habrá de llevarse a efecto, según redacción literal de la Disposición Adicional Cuarta: «previos los trámites establecidos en los artículos mil ochocientos ochenta y cuatro, mil ochocientos ochenta y cinco y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil». Nos encontramos aquí ante una remisión legal un tanto insólita, desde

los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y en particular la forma en que el cónyuge apartado de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía».

“Excepcionalmente los hijos podrán ser encomendados a otra persona y de no haberla, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del Juez”.

“2.^a Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno”.

“3.^a Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas de matrimonio, incluidas si procede las *litis expensas*, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro”.

“Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a la patria potestad”.

“4.^a Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deben observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo”.

“5.^a Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio”.

el momento en que los preceptos de remisión establecen, por una parte, la innecesariedad de postulación procesal para la solicitud de estas medidas y la prohibición expresa de plantear cuestiones de competencia (artículo 1.884)⁸ y, por otra, condicionan la efectividad de las mismas a la iniciación del proceso principal en el plazo de 30 días (artículo 1.885)⁹.

De acuerdo, pues, con la remisión expresa de la Adicional Cuarta a los preceptos referidos, encontramos que el Juez debe resolver acerca de la adopción de las medidas provisionales solicitadas cumpliendo con los «trámites» de que el solicitante pueda comparecer por sí mismo, no pueda plantear cuestiones de competencia, e interponga la demanda del proceso principal en un determinado plazo. Desde luego, y en nuestro humilde entender, esto no es un trámite procesal, o por lo menos no lo era en la Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que el legislador se remite, sino sencillamente una serie de presupuestos y requisitos que el solicitante debe tener en consideración, pero que no le indican al Juez cómo debe resolver.

Esto nos hace pensar que, al efectuarse la remisión referida, el artífice de la reforma del Código Civil no sabía exactamente lo que decían los preceptos a los que se remitía; y nos permitimos hacer esta afirmación por cuanto se ha creado una curiosa antinomia de normas que, en caso contrario, no tenía por qué haberse producido. Nos referimos a la redacción del párrafo segundo del artículo 104 del Código Civil y el mismo párrafo del artículo 1.885 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. En el primero se dice textualmente: «Estos efectos y medidas sólo subsistirán si dentro de los treinta días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o Tribunal competente»; mientras que el artículo 1.885 establece: «Dicho término podrá prorrogarse por otro igual si se acreditase a satisfacción del Juez que por causa no imputable a la mujer ha sido imposible intentar la demanda...».

Encontramos, pues, cómo en el Código Civil se dice que las medidas provisionales solicitadas previamente a la incoación del proceso principal de nulidad, separación o divorcio, «SOLO» serán eficaces, o subsistirán por utilizar la terminología legal, cuando, una vez adoptadas se presente la correspondiente demanda en un determinado plazo que aparece como taxativo: SOLO cuando se presente dentro de 30 días. Pero luego resulta que el mismo legislador por vía remisoria dice otra cosa diferente, estableciendo la posibilidad

8. Artículo 1.884 del Código Civil (contenido en la Sección Primera: —“Medidas provisionales en relación con la mujer casada”—, del Título IV del Libro Tercero).

“En la adopción de las medidas precedentes no será necesaria la intervención de Abogado y Procurador ni podrán plantearse cuestiones de competencia”.

9. Artículo 1.885 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

“Tales medidas quedarán sin efecto si en el plazo de treinta días a contar desde la separación efectiva, no se acredita la interposición de la demanda o querrela, o en cuanto se justifique su inadmisión”.

“Dicho término podrá prorrogarse por otro igual si se acreditase, a satisfacción del Juez que por causa no imputable a la mujer ha sido imposible intentar la demanda o querrela”.

de que ese término pueda ser prorrogado por otro igual, en el momento en que se acredite cumplidamente ante el Juez la imposibilidad de presentación de la demanda dentro del mismo.

Si realizamos una interpretación sistemática de ambos preceptos, parece lógico pensar que la intencionalidad del legislador es la de que el referido plazo tenga carácter improrrogable; y esto lo pensamos por cuanto, si realmente hubiera querido que se prorrogase, lo hubiera dicho taxativamente por medio de una norma directa como podía ser perfectamente el artículo 104 del Código Civil (en el que precisamente dice todo lo contrario) y no hubiera utilizado una norma remisoria que se puede prestar a dudas en cuanto a su real alcance¹⁰. Máxime si tenemos en cuenta que, al efectuarse la remisión, la Adicional Cuarta en la que se contiene lo hace exclusivamente a efectos de «los trámites» que en las normas remitidas se establecen, y la solicitud (y eventual concesión) de prórroga de un término procesal no es un trámite que haya que cumplirse, sino una simple eventualidad condicionada a la voluntad de quien lo solicita.

Ahora bien, por otra parte, la misma Adicional Cuarta nos hace pensar lo contrario por cuanto la remisión al artículo 1.885 de la Ley de Enjuiciamiento Civil habría que entenderla solamente con respecto a su párrafo segundo en el que se establece la posibilidad de prórroga, pues la remisión al párrafo primero carece absolutamente de sentido al preceptuar prácticamente lo mismo que el artículo 104 del Código Civil (ver cita 9).

De todo lo expuesto obtenemos una conclusión principal, y es la de que el artífice de la reforma del Código Civil muestra un perfecto desconocimiento de la normativa procesal (empezando por no saber lo que es un trámite), y una gran habilidad para crear un considerable confusionismo a quien debe de aplicar e interpretar la ley. Ahora bien, como la simple crítica carece de efectividad si no aporta algo útil, es por lo que nos permitimos ofrecer nuestra propia interpretación a la vista de la compleja situación creada. Entendemos que el término de treinta días, del que tan reiteradamente hemos hecho mención, debe considerarse como prorrogable por otro igual teniendo en cuenta, más que esas confusas normas de remisión, una norma general que es la establecida en el artículo 306 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y en la que taxativamente se preceptúa que: «Serán prorrogables los términos cuya prórroga no esté expresamente prohibida por esta Ley».

Por otra parte, y para saber qué trámites son los que realmente debe seguir el Juez para adoptar estas medidas preventivas, previas y condicionadas a la demanda principal, entendemos que habrá de estarse no a las normas de remisión a las que nos hemos venido refiriendo (artículos 1.884 y 1.885 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), sino a los «artículos concondantes» de la

10. Sobre el tema de las normas directas y las de remisión puede consultarse a L. Prieto Castro, 'Normas directas y normas de referencia', en *Rev. de Derecho Procesal* (1948) 752 y en *Estudio y Comentarios para la Teoría y la Práctica procesal civil II* (Madrid 1950) 9.

misma Ley, a los que asimismo se remite la Adicional Cuarta. Así pues, consideramos que el Juez habrá de atenerse a lo que al respecto se establece en el artículo 1881 del precitado texto legal, fundamentalmente: una vez hecha la solicitud de tales medidas previas y ratificado el solicitante en ellas, resolverá, «inaudita parte» y de forma discrecional, lo que estime pertinente acerca de su adopción y sin que contra su resolución quepa recurso alguno¹¹.

b) La segunda posibilidad a la que anteriormente nos hemos referido, es la de que cualquiera de los cónyuges litigantes, a falta de convenio regulador, solicite del Juez la adopción de medidas provisionales con el contenido y alcance del artículo 103 del Código Civil (ver cita 7).

Decíamos que se trata de un supuesto que el legislador no prevé de manera expresa, pero sí puede deducirse que lo hace tácitamente. Y nos permitimos hacer esta afirmación interpretando conjuntamente una serie de normas remisorias contenidas en la Disposición Adicional Cuarta y concretamente en el segundo de sus párrafos, que se redacta literalmente de la siguiente manera: «Las resoluciones a que hace referencia el artículo 103 del Código Civil se dictarán por los trámites de los artículos 1.896 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil», que interrelacionamos con lo que preceptúa el párrafo primero del artículo 103 del Código Civil: «Admitida la demanda, el Juez, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, adoptará con audiencia de éstos las medidas siguientes...».

En la redacción de ambos preceptos podemos observar dos cosas: una que el artículo 103 nos dice que el Juez adoptará una serie de medidas provisionales, a falta de acuerdo de ambos cónyuges que hay que relacionar o con la falta de convenio regulador, o con que éste no haya sido judicialmente aprobado; la segunda, estrictamente procesal, determinante de que las «resoluciones» del artículo precedente hayan de dictarse siguiendo unos determinados trámites, que nos reconducen a los artículos 1.896 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Aplicando esa primera norma de remisión que es el artículo 1.896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, encontramos que el procedimiento para la adopción de las medidas provisionales del artículo 103 del Código Civil «comenzará por un escrito en el que el interesado recabará del Juez la adopción de la medida o medidas que estime oportunas». Según esto, se precisa de instancia de parte para que el Juez pueda adoptar este tipo de medidas, si estamos al sentido literal del artículo 1.896 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y ello está en clara contradicción con el contexto del 103 del Código Civil que nos

11. Artículo 1.881 de la Ley de Enjuiciamiento Civil:

«La mujer casada que se proponga interponer demanda de nulidad o separación matrimonial, o querrela por amancebamiento, podrá solicitar del Juez de Primera Instancia de su domicilio que se la faculte para separarse provisionalmente de su cónyuge».

«Ratificada la mujer en su instancia, el Juez apreciará discrecionalmente la necesidad y urgencia del caso, concederá la separación provisional y colocará en poder de aquélla los hijos del matrimonio menores de siete años...».

dice que será el Juez «a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente» quien «adoptará» tales medidas «con audiencia de éstos». Es decir, aquí y según se expresa el legislador, el Juez puede actuar «ex officio», aun cuando para ello haya de prestar audiencia a los litigantes; que esa audiencia se traduzca o pueda traducirse en que éstos manifiesten el tipo de medidas que pueden adoptarse y, sobre su base, el Juez resuelva, no supone, lógicamente, que no puedan adoptarse si no son previamente solicitadas por los cónyuges en litigio.

De tal forma, entendemos que cuando la Adicional Cuarta habla de «las resoluciones a que hace referencia el artículo 103 del Código Civil», está realmente regulando dos supuestos distintos: uno, comprensivo de la posibilidad de que, a falta de convenio, cualquiera de los litigantes solicite, por medio de otrosí en sus correspondientes escritos de demanda o contestación, las medidas provisionales contenidas en el artículo 103 del Código Civil; el segundo supuesto sería aquel en que ni se ha propuesto un convenio regulador o propuesto no ha sido aprobado por el Juez, ni se han solicitado por ninguno de los litigantes las medidas provisionales en los términos a que anteriormente nos referíamos.

En el primer caso, es decir, de solicitud por parte de alguno de los litigantes de las mencionadas medidas de carácter provisional, el procedimiento que habría de seguirse para su adopción sería íntegramente el comprendido en los artículos 1.897 a 1.900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que, literalmente, establecen lo siguiente:

Artículo 1.897: «Admitida la solicitud, el Juez acordará citar a las partes y al Ministerio Fiscal con cuatro días de anticipación, por lo menos, a una comparecencia que tendrá lugar en plazo no superior al de los quince días siguientes a la presentación del escrito».

Artículo 1.898: «Si el solicitante de las medidas no compareciese en el término señalado, se le tendrá por desistido, con las costas. Si no compareciese el demandado, el Juez dispondrá la continuación del procedimiento en su rebeldía, sin más citaciones ni notificaciones que las que la Ley expresamente fija».

Artículo 1.899: «La comparecencia se celebrará en el día y hora señalados y en ella el Juez oír a las partes y al Ministerio Fiscal y admitirá las pruebas que se presenten en el acto y estime pertinentes para la justificación o impugnación de las medidas solicitadas. Si no se pudieran practicar todas en la misma audiencia se llevarán a cabo dentro del improrrogable plazo de los tres días siguientes».

«El Juez resolverá por auto en término de tercero día, a contar de la audiencia o última diligencia de prueba».

Artículo 1.900: «Contra el auto al que se refiere el artículo anterior no se dará recurso alguno, pero la parte que se crea perjudicada en su derecho y el Ministerio Fiscal podrán formular oposición ante el mismo Juez en el

plazo de ocho días. La oposición se sustanciará por los trámites y con los recursos de los incidentes, formándose para ello pieza separada, sin que en ningún caso pueda paralizarse la ejecución. Las costas del procedimiento de oposición correrán a cargo del litigante vencido.»

C) *Adopción por el Juez de medidas provisionales*

Esta última posibilidad que recogemos es la que, como hemos visto anteriormente, prevé el supuesto en que, o no se ha propuesto convenio regulador o propuesto no ha sido aprobado por el Juez; e incluso como antes decíamos y aun cuando no se manifiesta expresamente por la ley, cuando ninguno de los cónyuges litigantes, en aquellos procesos en los que el convenio regulador no es preceptivo, haya solicitado la adopción de medidas de carácter provisional.

En este caso, y a pesar de la remisión que la Adicional Cuarta realiza en orden al procedimiento a seguir para que el Juez pueda adoptar este tipo de medidas y que, como anteriormente veíamos, reconducían expresamente a los artículos 1.896 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, consideramos, sin embargo, que la aplicación de tales normas no es posible, en forma absolutamente literal, sino que hay que adaptarlas.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el artículo 1.896, primera norma de remisión, no es aplicable ya que, como en el apartado anterior decíamos, exige instancia de parte en la solicitud de estas medidas para que el Juez pueda actuar, y la intencionalidad del legislador expresada en el artículo 103 del Código Civil es que aquél pueda hacerlo de oficio. Y por lo que se refiere al resto de las normas remitidas entendemos, por supuesto desde un punto de vista estrictamente personal, que podrían aplicarse así:

— Cuando el Juez deba adoptar las medidas provisionales del artículo 103 por darse los supuestos que en él se prevén, acordará citar a las partes litigantes y al Ministerio Fiscal a una comparecencia que deberá tener lugar en plazo no superior a los quince días (artículo 1.897 Ley de Enjuiciamiento Civil).

— En esta comparecencia el Juez oír a ambas partes y al Ministerio Fiscal, pudiendo aquéllas manifestar los tipos de medidas que consideren pueden adoptarse, haciéndolo incluso por escrito por cuanto nada se opone a ello. En este supuesto, cabe la posibilidad de que se solicite la práctica de las pruebas que se estimen oportunas para la justificación de las medidas que se pretenden adoptar. Admitidas, en su caso, por el Juez se practicarán en el acto, si ello es posible y, de no serlo, se efectuarán en el plazo de tres días. En cualquier caso, la resolución se dictará en el término de tres días a contar desde la práctica de la última prueba, o desde la comparecencia si no se hubiera propuesto prueba, o se hubiera practicado toda en ella (artículo 1.899 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

— La resolución adoptará la forma de auto y será irrecurrible. Sin embargo, la parte que se considere perjudicada y, en cualquier caso, el Ministerio Fiscal, podrán oponerse en el plazo de ocho días. La oposición habrá de realizarse ante el mismo Juez, como si se tratase de una reposición, debiendo sustanciarse por los trámites de los incidentes, formándose pieza separada que no suspenderá la ejecución del auto, y cuyas costas correrán a cargo del litigante vencido (artículo 1.900 de la Ley de Enjuiciamiento Civil).

ALBERTO MONTÓN REDONDO

*Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad de Salamanca*