

CONSEJERÍA DE JUSTICIA Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA



**CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN
DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL
EN MATERIA DE FAMILIA**

CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA

Conclusiones del curso sobre Derecho de Familia celebrado en Jaén,
del 5 al 6 de mayo de 2003, en virtud del Convenio suscrito entre el
Consejo General del Poder Judicial y la Junta de Andalucía
para la formación de Jueces y Magistrados

Junta de Andalucía.
Consejería de Justicia y Administración Pública.
Dirección General de Relaciones con la
Administración de Justicia.
2003 Sevilla

CRITERIOS para la aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de familia: conclusiones del Curso sobre Derecho de Familia celebrado en Jaén, del 5 al 6 de mayo de 2003, en virtud del Convenio suscrito entre el Consejo General de Poder Judicial y la Junta de Andalucía para formación de Jueces y Magistrados / Dir. José Luis Utrera Gutiérrez.-- Sevilla: Junta de Andalucía. Consejería de Justicia y Administración Pública. Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia, 2003

32 p.; 20 cm.-- (Colección Manuales) (Serie Justicia)

D.L. SE-116/2004.-- ISBN ????????????

1. Derecho de Familia - España 2. Jueces y Magistrados - Formación.

I. Junta de Andalucía. Consejería de Justicia y Administración Pública.

347.6 (460) : 340.13

CRITERIOS PARA LA APLICACIÓN DE LA LEY DE ENJUICIAMIENTO CIVIL EN MATERIA DE FAMILIA

Conclusiones del curso sobre Derecho de Familia celebrado en Jaén, del 5 al 6 de mayo de 2003, en virtud del Convenio suscrito entre el Consejo General del Poder Judicial y la Junta de Andalucía para la formación de Jueces y Magistrados

Director: D. José Luis Utrera Gutiérrez. Juez de familia.

Ponentes:

D. Pedro Herrera Puentes. Juez de familia.

D. Javier Pérez Martín. Magistrado.

D^a M^a José Vergara Pérez. Abogada de familia.

D^a Pilar Troncoso. Abogada de familia.

D. Francisco Serrano Castro. Juez de familia.

Colección: Manuales

Serie: Justicia

Edita: Junta de Andalucía. Consejería de Justicia y Administración Pública.
Dirección General de Relaciones con la Administración de Justicia.

Maquetación e impresión: Tecnographic, S.L. (Sevilla)

Depósito Legal: SE-116/2004

ISBN:

© Junta de Andalucía. Consejería de Justicia y Administración Pública.

ÍNDICE

| | | |
|--------------------|--------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| BLOQUE I: | Cuestiones generales. Artículos 748 a 755. | 7 |
| BLOQUE II: | Competencia y Procedimiento. Arts. 769 y 770. | 13 |
| BLOQUE III: | Medidas provisionales previas, coetáneas y definitivas. art. 771 a 774. | 19 |
| BLOQUE IV: | Modificación de medidas. El procedimiento de mutuo acuerdo. Eficacia civil de resoluciones de tribunales eclesiásticos. Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Artículos 775 y 777 a 781. | 23 |
| BLOQUE V: | Ejecución: Artículo 776 y aplicación del régimen general a los procesos de familia. Liquidación del régimen económico matrimonial: Artículos 806 a 811 y concordantes. | 27 |

BLOQUE I: Cuestiones generales. Artículos 748 a 755.

1º. Guarda y custodia y alimentos de hijos menores no matrimoniales.

Para la adopción de medidas provisionales, previas o coetáneas, y definitivas relativas a un hijo menor no matrimonial son de aplicación los mismos procedimientos que para la adopción de tales medidas cuando afecten a un hijo matrimonial, es decir artículo 770 para las medidas definitivas contenciosas, 777 para las consensuales, art. 771 para las medidas previas y provisionales y 775 para la modificación de medidas.

Dentro de las medidas a adoptar han de estar en su caso todas las relativas al régimen de guarda y custodia, incluyendo régimen de visitas, el derecho de alimentos, abarcando éste todo lo indispensable para el sustento, habitación (con posibilidad de atribución, al menos temporal, del uso de la vivienda propiedad del progenitor no custodio), vestido, asistencia médica, educación e instrucción del alimentista.

2º. Procedimiento para regular las relaciones del menor con la familia extensa (art. 160).

Se considera, que hasta que haya una regulación específica, se tramitará por el juicio verbal, con las peculiaridades propias que se señalan en el art. 770 y Capítulo I del Libro IV de la vigente LEC.

3º. Parejas de Hechos (Procedimiento a seguir para determinar las consecuencias jurídicas después de la ruptura)

a) Las relativas a las cuestiones económicas (adquisición de bienes, indemnización por convivencia, etc.) derivadas de la ruptura de una pareja de hecho se tramitarán por los cauces del juicio ordinario (art. 249.2 LEC) o del verbal (art. 250.2 LEC) atendiendo a su cuantía, la que en todo caso quedará por regla general determinada conforme a lo dispuesto en los arts. 251 y sgtes de la LEC.

b) Respecto a las relaciones paterno-filiales se tramitarán, de conformidad con lo dispuesto en el art. 770.6 LEC, es decir, por el cauce procesal previsto para adopción de medidas que derivan de la separación, divorcio o nulidad matrimonial (conclusión primera).

c) No es posible la acumulación de ambos procesos a la vista de lo constatado en los arts. 76 y 77 de la LEC, ya que el riesgo de pronunciamientos contradictorios es mínimo, las sentencias no resultan en modo alguno incompatibles ni excluyentes, y además, como se ha puesto de manifiesto, los procesos declarativos por los que se sustancian no están sujetos a los mismos trámites.

4º. Procedimiento a seguir para solicitar la privación de patria potestad, si no se resolvió en las Sentencias de Separación o Divorcio.

Puede seguirse el trámite del artículo 770 de la LEC o bien y a falta de una regulación expresa de la materia, sería de aplicación la regla residual del apartado 2º del art. 249 de la LEC (interés económico que resulte imposible de calcular, ni siquiera de modo relativo) y por tanto las demandas sobre privación de patria potestad se podrán sustanciar y decidir conforme a las reglas procedimentales del Juicio Ordinario.

5º Intervención del Ministerio Fiscal (art. 749).

Su presencia en las vistas, comparecencias o prueba no viene legalmente impuesta como inexcusable, por lo que no deben suspenderse dichas diligencias si no comparece, salvo causa justificada, ni debe ser motivo de nulidad de actuaciones.

6º Representación y defensa de las Partes (art. 750).

a) Las partes, salvo en los casos en los que deban ser defendidas por el Ministerio Fiscal, actuarán en todos estos procesos con asistencia de abogado y representadas por procurador.

b) Se detectan problemas cuando alguna de las partes interesa el derecho a la asistencia jurídica gratuita y se retrasa el nombramiento de los profesionales que la van asistir y representar. Esta situación puede ser especialmente problemática cuando se conecta con solicitudes de

medidas provisionales previas. No estaría de más por tanto que los Colegios de Abogados y de Procuradores articulasen y regulasen un turno especial para los procedimientos de Familia y que en el caso de malos tratos los profesionales que asisten a la víctima de oficio en el ámbito penal estuviesen también facultados para asistir y representarla en el posterior procedimiento civil.

c) Por otro lado y especialmente en los supuestos en que existan hijos menores o se haya producido violencia, y para evitar dilaciones, los Juzgados deberían hacer uso de lo establecido en el art. 21 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita 1/96 para agilizar los nombramientos de abogado y procurador.

7º Allanamiento.

Aunque se produzca el allanamiento de la parte demandada debe celebrarse vista.

8º. Prueba (art. 752).

a) Los procesos a los que se refiere este Título se decidirán con arreglo a los hechos que hayan sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados o introducidos de otra manera en el procedimiento.

Como es de apreciar en los procesos matrimoniales el principio general de preclusión procesal, establecido en el art. 136 LEC, resulta alterado y en consecuencia los hechos objeto del debate no sólo podrán ser introducidos y alegados en la demanda, sino que también podrán serlo en cualquier momento posterior pero anterior a la sentencia.

En todo caso, el Tribunal deberá, ante la introducción de hechos de manera inesperada y a última hora, adoptar las cautelas necesarias para evitar que tal actuación genere situaciones de indefensión.

b) El Tribunal en este tipo de procedimientos, tanto en primera como en segunda instancia, podrá decretar de oficio cuantas pruebas estime pertinentes.

Esta posibilidad para los procedimientos que nos ocupan está expresamente recogida en el párrafo segundo de la regla cuarta del art. 770 LEC.

- c) Lo dispuesto en los apartados anteriores será aplicable a la segunda instancia. Se podrán alegar hechos nuevos y proponer práctica de prueba más allá de los términos previstos en art. 460.3 LEC, es decir, se permite hacer alegaciones y proponer pruebas sobre hechos no tenidos en cuenta en los escritos de demanda y contestación. Esta posibilidad puede chocar con el principio de la doble instancia, al ser cuestiones nuevas que sólo son enjuiciadas por la Audiencia.
- d) Las anteriores especialidades no son de aplicación a las pretensiones que se formulen sobre materias de las que las partes puedan disponer libremente

9. Naturaleza jurídica de los procesos de familia y menores.

Los procesos matrimoniales y de menores no se corresponden en su tramitación totalmente con el juicio verbal, sino que participan de determinadas características propias de este último procedimiento, como también lo hacen del ordinario.

10. Trámite de conclusiones.

Es cierto que el art. 770 no contiene ninguna regla relativa al concreto desarrollo de la vista para los procesos de familia y que el contenido del art. 443 de la LEC, que regula esta materia para el juicio verbal, no hace alusión alguna al trámite de alegaciones finales. No obstante, resulta de interés al respecto lo dispuesto en el art. 185, precepto que con carácter general se dedica a la celebración de las vistas, al quedar insertado dentro del Título V (Actuaciones Judiciales) del Libro I de la LEC (Disposiciones Generales relativas a los Juicios Civiles). De tal contenido normativo se deriva que con carácter general en toda vista después de la práctica de la prueba las partes tienen de nuevo la palabra para, al menos, rectificar hechos o conceptos, si es que lo consideran necesario, sin que el contenido del art. 447 apartado 1º conlleve una exclusión expresa de esta concreta actuación para los juicios verbales y por ende para los de familia; resultando por tanto aconsejable que ese concreto momento pueda ser aprovechado o utilizado por las partes para hacer las alegaciones o conclusiones finales que estimen oportunas acerca de la prueba practicada.

11. Exclusión publicidad.

Atendiendo a los intereses implicados en este tipo de procedimientos, (los relacionados con las consecuencias derivadas de la ruptura de la vida en pareja), bastará con que una sola parte lo pida para acordar la exclusión de la publicidad, siempre y cuando el debate no se ciña exclusivamente a cuestiones que afecten a materias sobre las cuales las partes pueden disponer libremente según la legislación civil aplicable. A estas últimas le será de aplicación lo dispuesto en el apartado 2º del art. 138.

12. Alimentos para hijos mayores de edad.

Se pusieron de manifiesto dos posturas:

- a) Si en un procedimiento de separación, nulidad matrimonial y divorcio se da la circunstancia de que ninguno de los progenitores solicita alimentos para los hijos mayores de edad, pero de lo actuado se desprende la existencia de tales descendientes, y además consta que conviven en el domicilio familiar y carecen de recursos propios para subsistir, el Tribunal de oficio deberá pronunciarse sobre esta materia, determinando, en su caso, su contenido y límites.
- b) Para que el Juez se pronuncie sobre alimentos de hijos mayores de edad que conviven en el domicilio familiar han de ser solicitados por cualquiera de los progenitores.

13. Situación Económica de la Familia. Acreditación.

No es necesario que las partes pidan, de manera anticipada el libramiento de determinados oficios con el fin de averiguar la situación económica de la otra parte, pues la carga de la prueba corresponde respecto a estas cuestiones a quién tenga más fácil acceso a la fuente probatoria, (ver art. 217 en especial lo dispuesto en el apartado 6º del mismo). Por tanto, si una de las partes no está conforme con los hechos aducidos por la otra en relación a su capacidad económica, deberá señalar los puntos en los que difiere y presentar con la contestación a la demanda y, en su caso, en el acto de la vista la documentación con la que pretende justificar esas diferencias.

Es decir, sí una parte imputa a la otra ingresos importantes derivados de su actividad profesional y está no está de acuerdo con ellos, por considerar por ejemplo que está en el paro, no basta con negar lo primero y alegar lo segundo, sino que además deberá, al tener el control directo de su situación económica, presentar la documentación que obre en su poder o que pueda conseguir con el fin de desvirtuar lo alegado por la otra parte y acreditar lo referido por ella, lo cual en su caso puede ser completado a través de otros medios probatorios.

No obstante, si como consecuencia de la prueba practicada en el acto de la vista el resultado fuese contradictorio o debiera ser completado con otras diligencias probatorias, queda la posibilidad de la regla 4ª del art. 770, en virtud de la cual el Tribunal, bien a instancia de parte o de oficio, puede practicar, en un plazo no superior a treinta a días, las pruebas que estime necesarias para comprobar todas las circunstancias concurrentes y poder evaluar la situación económica de la familia.

13 bis. Audiencia del Menor.

La audiencia del menor nunca debe practicarse en el acto de la vista ni en el acto de la comparecencia, debiendo procurarse, para evitar judicializaciones innecesarias de los menores, no hacer comparecer a los menores si no es a requerimiento expreso del Juzgado.

La audiencia debe hacerse de manera separada y en un lugar en el que aquel se encuentre lo más relajado y cómodo posible. Se ha de evitar en definitiva cualquier formalidad que pueda incomodarlo. Tampoco debe desarrollarse en presencia de las partes, sólo han de estar presentes el Ministerio Fiscal (art.749.2 LEC) y el Juez o Magistrado, (en algunos casos puede resultar aconsejable la presencia de un técnico del gabinete psicosocial).

BLOQUE II: Competencia y Procedimiento. Arts. 769 y 770.

Competencia. Art. 769 LEC.

14.º Juzgado competente cuando, después de la separación de hecho, los cónyuges residen dentro del mismo partido judicial, pero que no coincide con el último domicilio familiar.

Este es un supuesto que no se contempla en el art. 769 de la LEC, pero debe entenderse que cuando se produce esta situación la competencia territorial corresponderá al juzgado donde tienen su domicilio ambos cónyuges. La base jurídica para seguir esta tesis es la siguiente:

- Aplicando la regla de competencia del domicilio del demandado interpretando que los cónyuges residen en partidos judiciales "distintos al del lugar del último domicilio familiar".
- Teniendo en cuenta que el legislador distingue entre domicilio común y en distintos partidos judiciales, podrá presentarse la demanda en el juzgado del domicilio donde actualmente residen ambos cónyuges al ser domicilio procesal coincidente en el momento de presentarse la demanda.

15º. Juzgado competente para conocer del procedimiento de modificación de medidas.

Aun cuando un auto del Tribunal Supremo de 24 de octubre de 2002 ha señalado que la competencia no corresponde necesariamente al Juez que dictó la sentencia, sino que se determina conforme a los arts. 769 y 771 LEC, se entiende más procedente acoger el criterio mantenido también por el Tribunal Supremo en el auto de 10 de octubre de 2001, con motivo de resolver una cuestión de competencia territorial suscitada entre los juzgados de 1ª Instancia nº 66 de Madrid y nº 3 de Pamplona, donde se concluye que la referencia genérica "al Tribunal" debe entenderse que está referida al que dictó las medidas cuya modificación se pretende.

La expresión "podrán solicitar del tribunal la modificación" que se contiene en el art. 775 de la Lec, hace inclinarnos por esta última

opción y considerar que el tribunal que dictó las medidas definitivas es el único competente para modificarlas, siendo indiferente que concurren o no las reglas competencias del art. 769 de la LEC. Esta tesis queda reforzada por lo dispuesto en el art. 61 de la LEC "Salvo disposición legal en otro sentido, el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sobre sus incidencias". Además, este ha sido el criterio que han venido sosteniendo prácticamente de forma unánime las Audiencias Provinciales.

Procedimiento. Art. 770.

16º Presentación de documentos con la demanda y problemas derivados de su no presentación.

En principio, y dejando a un lado los documentos que se refieran a hechos nuevos, se debe ser riguroso con lo dispuesto en la LEC en cuanto al momento de presentación de documentos que precluye con los escritos de demanda y contestación. No obstante, por lo que se refiere a medidas referentes a los hijos debe seguirse un criterio flexible y permitir su incorporación con posterioridad a dichos momentos procesales.

17º Solicitud de traslado de la demanda a los hijos mayores de edad, cuando en el procedimiento de divorcio se pretende modificar o extinguir la pensión alimenticia.

No se estima necesario emplazar a los hijos mayores de edad aun cuando en la demanda se solicite la extinción de la pensión alimenticia. No obstante, es conveniente que dichos hijos intervengan en el procedimiento como testigos pudiendo proponerse la prueba incluso de oficio por el propio tribunal si no lo solicitan las partes.

18.º ¿Debe considerarse como una reconvencción la petición que se hace en el suplico de la demanda solicitando una medida de carácter dispositivo no solicitada por el actor, aun cuando la misma no se formule por separado en la forma prevenida por el art. 405 de la LEC (se expondrán numerados y separados los hechos y los fundamentos de Derecho)? ¿Cabe admitir como reconvencción la petición que se efectúa en los hechos o fundamentos jurídicos y luego no se contiene en el suplico?

Si en el suplico de la demanda se hace una petición concreta de medidas de carácter dispositivo que no se solicitaron con la demanda debe darse traslado a la parte contraria para que conteste a la misma, ya que hay que entender que se ha formulado reconvencción aun cuando no se haya formulado por separado.

19.º Comparecencia personal de las partes, de sus letrados y procuradores.

La inasistencia de los propios cónyuges al juicio no es motivo para tenerlos por no comparecidos si están presentes sus procuradores y abogados. La sanción de dicha incomparecencia solo puede ser la prevista en el art. 770,3º, es decir que podrán considerar admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.

Si el abogado de una de las partes no comparece y no está justificada su ausencia puede celebrarse el juicio.

Si comparece el cónyuge personalmente al juicio, se debe ser flexible en la exigencia de la presencia del Procurador.

20.º Proposición de prueba dentro del plazo de treinta días previsto para la práctica solo por el juez o cabe también la posibilidad de que las partes puedan solicitar nueva prueba o complemento de lo anterior.

Las partes solo pueden solicitar la prueba en el acto del juicio y nunca dentro del periodo de treinta días previsto para su práctica, salvo que se hayan alegado hechos nuevos.

21.º Insuficiencia de las pruebas propuestas por las partes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos. Complemento o modificación tras la sugerencia del tribunal.

En relación con lo previsto en el art. 429 de la LEC se aclara que resulta aplicable a los procedimientos de familia pero sin que ello suponga trasladar al tribunal la carga de la prueba.

22.º Practicadas las pruebas ¿hay que celebrar nueva vista? ¿Se permite a las partes la emisión de conclusiones?.

Aunque no existe un criterio unánime respecto a la celebración de nueva vista tras la celebración de las pruebas, especialmente cuando son documentales, si se estima adecuado conceder a las partes un plazo para que formulen sus conclusiones por escrito.

23°. Diligencias finales

No se estima adecuado acordar su práctica, sin embargo se debe ser flexible en el plazo de prueba para el supuesto de que aun no se hayan cumplimentado algunos oficios que tengan influencia decisiva en la resolución del litigio.

24°. Inasistencia del Ministerio Fiscal a la vista

La inasistencia del Ministerio Fiscal al juicio, si ha sido citado en legal forma, no es motivo para declarar la nulidad de actuaciones, puesto que aun cuando sea preceptiva su intervención ello no quiere decir que obligatoriamente deba asistir al juicio.

25°. Cambio de procedimiento. Problemas de la no ratificación

Si se ha solicitado por las partes el cambio de procedimiento y luego uno de ellos no ratifica el convenio regulador, no se estima conveniente archivar el procedimiento, sino continuar el anterior procedimiento contencioso en el estado en que estuviese antes de solicitarse la transformación a consensual. No obstante, se ha barajado la posibilidad de conceder un tramite de alegaciones a las partes en relación con el convenio presentado, ya que se trata de un documento en el que las partes pactan unas medidas que se ha incorporado a los autos.

26°. ¿Cabe aplazar la adopción de algunas medidas a la fase de ejecución?

Teniendo en cuenta que no se establece en la Lec un procedimiento idóneo para la adopción de medidas en fase de ejecución de sentencia, se estima adecuado que todas las medidas se establezcan en la sentencia y si no existen elementos suficientes de prueba para adoptar alguna de ellas, puede indicarse que las partes podrán acudir al procedimiento de modificación de medidas cuando se haya cubierto el vacío probatorio

27º. Costas en los procedimientos de familia.

En principio, en los procedimientos de separación y divorcio sin modificación de medidas el criterio de imposición de costas debe ser restrictivo, sin embargo, en el de modificación de medidas resulta conveniente efectuar un pronunciamiento de condena cuando la demanda es desestimada en su integridad y es manifiestamente temeraria.

28º. Cuestiones relacionadas con el recurso de apelación

1. Problemática de la interposición del recurso cuando con posterioridad se dicta un auto de aclaración de la sentencia.

Validez del escrito de preparación del recurso de apelación interpuesto antes de que se subsanare la sentencia, sin que sea necesario volver a presentar un nuevo escrito.

2. Escrito en el que la parte recurre la sentencia sin designar particulares concretos.

La remisión genérica en cuanto a que se apelan todos los pronunciamientos de la sentencia no es motivo para inadmitir el recurso de apelación.

3. Falta de traslado del escrito de interposición del recurso a la parte contraria

Inadmisión del recurso de apelación ante la falta de cumplimiento por la recurrente del traslado preceptivo de la copia del escrito a la parte contraria que prevé el artículo 276 de la LEC.

4. Inclusión en el escrito de interposición del recurso de apelación de pronunciamientos que no se incluyeron en el escrito de preparación del recurso.

En el escrito de preparación del recurso deben expresarse todos los pronunciamientos que son objeto de impugnación, sin que posteriormente pueda extenderse el recurso a otros pronunciamientos no contenidos en aquel escrito.

29º. Procedimientos relativos a parejas de hecho.

Procedimiento de mutuo acuerdo.

Se recomienda la utilización del art. 777 de la Lec cuando los pactos afectan exclusivamente a hijos. Si el convenio se refiere a una pareja de hecho sin hijos puede utilizarse la jurisdicción voluntaria.

Procedimiento contencioso.

Se estima adecuado canalizar dicha petición por vía del art. 770 y resolver en el todas las cuestiones que afectan a los hijos, tanto sean mayores como menores de edad.

Si no existen hijos, habrá que estar a la cuantía del procedimiento y tramitar la petición por el verbal o el ordinario.

**BLOQUE III: Medidas provisionales previas, coetáneas y definitivas.
art. 771 a 774.**

Medidas provisionales previas y coetáneas.

30°. Juzgado Competente en las Medidas Previas.-

El del lugar del domicilio del solicitante ya sea accidental o conforme a lo dispuesto en el artículo 40 del Código Civil, el de su residencia.

31°. ¿Se debe seguir manteniendo el requisito de urgencia para la adopción de las Medidas Provisionales propiamente Previas? (Art. 771-1).

Ya no es necesario, desde el momento que el propio precepto contempla la posibilidad de unas medidas de carácter urgente (Art. 771-2), por lo que para el resto de los supuestos las partes pueden elegir a su conveniencia el demandar unas Medidas Provisionales Previas o Coetáneas.

32°. Medidas Provisionales Previas urgentes (artículo 771-2.): qué documentos se deben acompañar para acreditar las razones de urgencia.

En caso de malos tratos, la denuncia y el parte de lesiones serían suficientes, o bien solo la denuncia, teniendo en cuenta la gravedad de los hechos.

Podría servir también el informe emitido por una institución dedicada a la atención de las víctimas de violencia doméstica.

33°. ¿En la comparecencia se pueden debatir solo y exclusivamente las Medidas solicitadas por la parte actora con su escrito inicial o se pueden completar o modificar por ambas partes?.

Ante la falta de asistencia técnica de la solicitud inicial, en la comparecencia se podrán introducir nuevas medidas, por la parte actora o demandada, con independencia de las demandadas en el primitivo escrito de solicitud.

34º. ¿Qué prueba útil y pertinente se practicará en la comparecencia?.

Se practicará toda la prueba que reúna estas dos características en relación con las medidas objeto de controversia. Respecto de la testifical y sin perjuicio que se reitere en los autos principales, como norma general no se entenderá necesaria, siempre teniendo en cuenta las circunstancias de cada caso y salvo que no se puedan acreditar los hechos controvertidos por otro medio de prueba.

35º. Inasistencia injustificada de una parte al acto de la comparecencia, presunción de veracidad de las alegaciones de carácter patrimonial de la parte que asista.

Aplicación de esta presunción con carácter restrictivo y valorando el caso concreto.

36º. Admisión de alegaciones finales en la comparecencia.

Si la comparecencia se celebra en un solo acto, será de aplicación del nº 4 del artículo 185, realizándose al final de la vista un breve trámite de conclusiones.

37º. ¿Si la comparecencia se suspende a la espera de la práctica de una documental, habrá que en unidad de acto, citar nuevamente a las partes para alegaciones finales o se les puede dar traslado de la prueba documental para que efectúen alegaciones por escrito?.

Dado el volumen de trabajo que pesa en los Juzgados se daría traslado a las partes para que formularan alegaciones, sobre esta documental, por escrito.

38º. ¿Es admisible la presentación de la demanda de nulidad eclesiástica para que subsistan las Medidas Provisionales Previas acordadas?.

En ningún caso la demanda de nulidad eclesiástica surte efectos en relación a lo prevenido en el nº 5 del artículo 771 a fin de evitar la caducidad de las medidas.

39º. Posibilidad de adopción de Medidas Provisionales Previas si ya hay acordadas unas Medidas Definitivas en un procedimiento anterior.

Con la actual L.E.C. no es posible la adopción de Medidas Previas si hay, acordadas unas Medidas Definitivas en un procedimiento anterior, sin perjuicio de que en un procedimiento posterior de Nulidad civil o Divorcio, siempre que se hayan alterado sustancialmente las circunstancias, se pueda solicitar la modificación provisional de las medidas definitivas anteriormente adoptadas, conforme a lo dispuesto en el artículo 775, nº 3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

40º. ¿Cabría solicitar Medidas Provisionales una vez precluido el trámite de contestación a la demanda?

En principio, precluido el trámite de contestación a la demanda no se podrían solicitar/adoptar Medidas Provisionales, salvo las Medidas en relación con los menores y conforme a lo dispuesto en el artículo 158 del Código Civil.

41º. ¿Son inmediatamente ejecutivas las Medidas Provisionales?

Sí. No es de aplicación a estas Medidas el plazo de cortesía del artículo 548, ni tampoco los plazos previstos en el artículo 704 en relación con la vivienda habitual.

Medidas definitivas. Artículo 775.

42º. ¿Si sólo se piden Medidas de carácter dispositivo el Juzgado podrá acordar de oficio la práctica de prueba?

Conforme a lo dispuesto en el nº 4 del artículo 752, si sólo se han solicitado las siguientes Medidas: Pensión compensatoria, la indemnización del artículo 98 del Código Civil y la compensación por la extinción del régimen económico matrimonial de separación de bienes, no se podrá acordar prueba por el juzgador, no siendo de aplicación, por tanto, las particularidades, que con respecto a la prueba y en los procedimientos de familia, contienen los nº 1, 2 y 3 del precepto ya invocado.

43º. Determinar qué Medidas Definitivas son ejecutivas inmediatamente, durante la tramitación del recurso que se interponga contra la sentencia que recaiga en el procedimiento principal, y en su caso, cuáles habría que instar su ejecución provisional.

Sobre esta cuestión hay dos criterios:

- a) Por un lado, los que estiman que todas las Medidas son inmediatamente ejecutivas desde el momento que el nº 4 del artículo 774 no distingue y establece que los recursos no suspenderán la eficacia de las medidas, es decir, todas.
- b) La otra corriente opina que serán inmediatamente ejecutivas las Medidas Definitivas relacionadas en el artículo 774 de la L.E.C. y 91 del Código Civil, debiendo instarse la ejecución provisional para el resto de los pronunciamientos definitivos de la sentencia (ver conclusión anterior).

BLOQUE IV: Modificación de medidas. El procedimiento de mutuo acuerdo. Eficacia civil de resoluciones de tribunales eclesiásticos. Oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores. Artículos 775 y 777 a 781.

Modificación de medidas, art. 775.

44º. Trámite.

El trámite a seguir es el regulado en el Art. 771, conforme al criterio de la Sala 1ª del Tribunal Supremo, en su Auto de 1/10/2002 recaído en Recurso nº 928/2002.

45º. La aplicación del procedimiento previsto en el Art. 771 LEC. tendrá las siguientes particularidades:

- Será necesaria la intervención de procurador y abogado.
- El párrafo segundo del nº 2 se entenderá referido al artículo 777.
- El procedimiento finalizará por resolución apelable bien sea Auto o Sentencia.

46º. Art. 775-3º.

La modificación provisional prevista en el nº 3 del Art. 775 sólo se aplicará en procedimientos de divorcio o nulidad posteriores al de separación.

Procedimiento de mutuo acuerdo. Art. 777.

47º. Art. 777-2º.

La exigencia contenida en el nº 2 relativa a "el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho" debe interpretarse con criterio amplio no siendo necesario exigir documentos que acrediten la situación económico/patrimonial de las partes, ni en los supuestos de divorcio, documentos que acrediten el cese de la convivencia bastando para ello con prueba testifical.

48º. Art. 777-5º.

La exigencia contenida en el nº 5 respecto a oír a hijos menores de edad se limitará a los supuestos en que se observe que las medidas respecto a los mismos se apartan de la normalidad o pueden resultarles perjudiciales.

49º. Intervención del M. Fiscal.

Se debe intentar conseguir una mayor agilidad en la intervención del Ministerio Fiscal allí donde sea posible y para lograrlo se propone que con anterioridad a la ratificación, y con citación para la misma, se dé traslado al Ministerio Fiscal a fin que su Informe sea evacuado antes o durante el acto de la ratificación, si llegado tal momento el referido Informe no se evacuara se entenderá que el Ministerio Fiscal se muestra conforme con el contenido del Convenio.

50º. Contenido del art. 90 del C. Civil.

Al momento de decidir si aprobar o no la propuesta de Convenio Regulatorio formulada por las partes, se deberá interpretar con amplitud y flexibilidad el contenido del Art. 90 del Código Civil, sin olvidar que el Convenio es un todo y que por tanto cada una de sus cláusulas están interrelacionadas entre sí.

51º. Ratificación por poderes.

Sólo excepcionalmente se admitirá la ratificación mediante poder notarial otorgado por alguna de las partes si en tal poder consta literalmente transcrito el contenido íntegro de la propuesta del Convenio Regulatorio, y si se acredita la imposibilidad de la ratificación ante la presencia judicial de la parte que se trate.

Eficacia civil de resoluciones de tribunales eclesiásticos. Art. 778.

52º. El nº 2 del Art. 954 de LEC de 3/2/1881, vigente en la actualidad según la excepción 3ª del nº 1 de la Disposición Derogatoria Única de LEC de 7/1/2000, deberá ser interpretado conforme al criterio de la Sala 1ª del Tribunal Supremo en Sentencia 664/2002 de 27 de Junio.

53º. En los supuesto en que, siguiéndose las actuaciones por los trámites previstos en el nº 1, la parte demandada al serle dada la oportuna audiencia solicitara la adopción o modificación de medidas, se continuará el procedimiento por los trámites previstos en el nº 2, sin necesidad de acordar el archivo del primer procedimiento y por tanto sin necesidad de iniciar uno nuevo.

**Oposición a resoluciones administrativas de protección de menores.
Artículos 779 a 781.**

54º. Se podrán adoptar medidas conforme al Art. 158 del Código Civil antes de que el expediente administrativo llegue al Juzgado, siempre y cuando las medidas que se soliciten se hubieren interesado antes a la administración encargada de la tramitación del referido expediente.

55º. Se podrán adoptar las medidas cautelares del Art. 727-11ª LEC.

56º. Se requerirá a la Administración para que aporte al Juzgado tantas copias del expediente como partes intervengan en el procedimiento, o en su caso se facilitarán copias para los Letrados a costa de su parte.

57º. En los supuestos en que la Administración no aporte el expediente al Juzgado en el plazo previsto de veinte días, se procederá a requerir al funcionario responsable bajo apercibimiento de deducir testimonio por delito de denegación de auxilio del Art. 412 del Código Penal.

58º. De conformidad con lo previsto en el Art. 753 de la LEC. al momento de dictar Sentencia habrán de tenerse en cuenta los hechos acaecidos a lo largo de todo el procedimiento tanto administrativo como judicial.

59º. Los padres, tutores o guardadores deberán contar con asesoramiento Letrado desde que se les comunique el inicio del expediente administrativo.

BLOQUE V: Ejecución: Artículo 776 y aplicación del régimen general a los procesos de familia. Liquidación del régimen económico matrimonial: Artículos 806 a 811 y concordantes.

Ejecución.

60º. Legitimación.

Sólo estarán legitimados para intervenir en fase de ejecución, en un procedimiento matrimonial o de pareja de hecho, los cónyuges o integrantes de la pareja.

Sólo habrá sucesión procesal en el supuesto contemplado en el art. 101, párrafo 2 del Código Civil (pensión compensatoria).

61º. Plazo de espera para la ejecución y momento desde el que procede.

- a) No resultará de aplicación a los procedimientos de familia lo dispuesto en el art. 548 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, especialmente en los casos en los que se requiera una respuesta judicial urgente en ejecución de lo acordado.
- b) Las pensiones se podrán reclamar desde el momento en que exista una resolución judicial que la establezca, pero tratándose de alimentos o contribución a las cargas familiares, esa reclamación se podrá solicitar y retrotraer al momento de la firma del Convenio o presentación de la demanda cuando se acredite que el obligado a prestarlas, durante ese tiempo, se despreocupó de atender a las necesidades de la unidad familiar.

62º. Despacho de ejecución:

Toda demanda ejecutiva de reclamación de cantidad, dará lugar a que se dicte Auto despachando ejecución, no sólo por la cantidad principal que se reclame, sino también por los intereses que pueda haber generado el impago por parte del ejecutado.

No será preciso requerir de pago al ejecutado para proceder al embargo de sus bienes tanto para garantizar el abono de sumas atrasadas como de pensiones no vencidas.

63º. Caducidad.

El art. 518 de la Ley de Enjuiciamiento Civil se ha de interpretar en el sentido de que los cinco años se han de contabilizar desde que se produjo el último incumplimiento y no desde la fecha de notificación de la Sentencia.

64º. Cuestiones de ejecución no dineraria.

- a) A fin de facilitar la ejecución en cuanto al lanzamiento del cónyuge que ha de abandonar el domicilio familiar, es conveniente que en la resolución judicial se fije el plazo o el día que se ha de producir ese abandono.
- b) En ejecuciones originadas por incumplimiento del régimen de visitas, se ha de procurar que todos los Juzgados de Andalucía dispongan de la posibilidad de recurrir a Puntos de Encuentro Familiar a fin de facilitar y supervisar el desarrollo de las visitas.
- c) En caso de incumplimiento por parte del progenitor no custodio y ante la imposibilidad del cumplimiento específico, se puede acudir, como medidas efectivas, a la imposición de multas coercitivas e, incluso, a la fijación de una indemnización a favor del custodio perjudicado por ese incumplimiento de una obligación personalísima de hacer.

65 º. Ejecución provisional.

La tramitación de la ejecución provisional se habrá de ajustar, en cuando a su desarrollo, al trámite procesal previsto para la ejecución ordinaria de resoluciones judiciales.

Liquidación de sociedad de gananciales

66º. Juzgado competente.

Los Juzgados de Familia sólo conocerán de liquidaciones cuando la disolución de la sociedad de gananciales se haya acordado por

Sentencia de Separación, Divorcio o Nulidad. El Juzgado competente sería el que hubiera dictado el pronunciamiento en que se hubiera declarado la disolución.

67°. Solicitud de inventario.

Se habrá de dar traslado del escrito a la contraparte a fin de que conozca los términos en que se formula la propuesta de inventario.

En fase de inventario sólo se ha de proceder a la determinación de los bienes que forman el activo y las deudas y cargas que constituyen el pasivo de la sociedad. La valoración y avalúo se ha de postergar a la fase posterior de la liquidación.

68°. Juicio verbal.

En caso de discrepancia, el juicio verbal que se celebre sobre las partidas que han de formar parte del activo y pasivo, se desarrollará sin limitación de medios probatorios y tendrá la eficacia de cosa juzgada la sentencia que recaiga.

69°. Comparecencia ante el secretario. Artículo 809-1.

En ella se habrá de delimitar aquello sobre lo que exista acuerdo y de los puntos sobre los que se deba de discutir en el juicio verbal, señalándose en el acto día y hora para la vista.

70°. Honorarios.

En fase de liquidación, los honorarios de peritos y contador partidario formarán parte del pasivo ganancial en cualquier caso, y aunque las partes dispongan del beneficio de Justicia Gratuita.

71°. Juicio verbal.

En el posterior juicio verbal o declarativo que puedan tener lugar, una vez que por las partes no se acepte la liquidación contenida en el cuaderno particional, no se podrá volver a discutir sobre el inventario que se hubiera aprobado por Sentencia o acuerdo alcanzado en la precedente comparecencia celebrada en fase de formación de inventario.

Sólo podrán discutirse las partidas incluidas sin la intervención de una de las partes, o cuando se trate de bienes o deudas que no se hubieran incluido en esa fase por causas ajenas a la voluntad de las partes (p. ej. cuando la formación de inventario se hubiera iniciado antes de disolverse la sociedad y aparecieran nuevos bienes o se asumieran o cancelaran nuevas deudas).