

II. Actualización de Unidades Didácticas *

A) DERECHO CIVIL I

TEMA XIX: LA NACIONALIDAD

Por ANTONIO AGUNDEZ FERNANDEZ
Prof. Ayudante de Derecho Civil

SU REGULACION TRAS LA LEY 51/1982

1. Régimen Jurídico.

- a) Constitución Española de 1978. Artículos 11, 12 y 13.
- b) Ley de 13 de julio de 1982, que modifica los Artículos 17 a 26 del Código Civil.

2. Capacidad del extranjero.

- a) Constitución. Artículo 13:

1. Los extranjeros gozarán en España de las libertades públicas que garantiza el presente Título en los términos que establezcan los tratados y la ley.

2. Solamente los españoles serán titulares de los derechos reconocidos en el artículo 23, salvo lo que, atendiendo a criterios de reciprocidad, pueda establecerse por tratado o ley para el derecho de sufragio activo en las elecciones municipales.

3. La extradición sólo se concederá en cumplimiento de un tratado o de la ley, atendiendo al principio de reciprocidad. Quedan excluidos de la

(*) Los trabajos de esta Sección, de estudio obligado para los Alumnos, se publican por el orden del Código numérico de Asignaturas y, dentro de cada una, por el nivel docente del Autor.

extradicción los delitos políticos, no considerándose como tales los actos de terrorismo.

4. La ley establecerá los términos en que los ciudadanos de otros países y los apátridas podrán gozar del derecho de asilo en España.

b) Código Civil. Artículo 27:

Los extranjeros gozan en España de los mismos derechos civiles que los españoles, salvo lo dispuesto en las leyes especiales y en los Tratados.

3. Adquisición de la nacionalidad.

Artículo 11 de la Constitución:

1. La nacionalidad española se adquiere, se conserva y se pierde de acuerdo con lo establecido por la ley.

2. Ningún español de origen podrá ser privado de su nacionalidad.

3. El Estado podrá concertar tratados de doble nacionalidad con los países iberoamericanos o con aquellos que hayan tenido o tengan una particular vinculación con España. En estos mismos países, aun cuando no reconozcan a sus ciudadanos un derecho recíproco, podrán naturalizarse los españoles sin perder su nacionalidad de origen.

Causas originarias. Artículo 17 del Código Civil:

Artículo 17. Son españoles de origen:

1.º Los hijos de padre o madre españoles.

2.º Los nacidos en España de padres extranjeros si, al menos uno de éstos, hubiera nacido también en España. Se exceptúan los hijos de padre o madre extranjeros adscritos al servicio diplomático o consular.

3.º Los nacidos en España de padres extranjeros si ambos carecieren de nacionalidad o si la legislación de ninguno de ellos atribuye al hijo una nacionalidad.

4.º Los nacidos en España cuya filiación sea desconocida o, aunque conocida respecto de uno de los padres, la legislación de éste no atribuya al hijo su nacionalidad y los menores hallados en territorio español si no se conoce el lugar de su nacimiento ni su filiación.

La determinación legal de la filiación respecto del padre o madre españoles producirá automáticamente la adquisición de la nacionalidad española de origen.

Causas derivativas. Artículos 18 al 22 del Código Civil:

a) Artículo 18. El extranjero menor de dieciocho años adoptado en

forma plena adquirirá por este hecho la nacionalidad española cuando cualquiera de los adoptantes fuera español.

Si alguno de los adoptantes era español al tiempo del nacimiento del adoptado, éste tendrá, desde la adopción, la condición de español de origen.

b) Artículo 19. Los extranjeros que, en supuestos distintos de los previstos en los artículos anteriores, queden sujetos a la patria potestad o a la tutela de un español pueden optar por la nacionalidad española.

1.º Desde que cumplen los catorce años, asistidos por su representante legal.

2.º Por sí solos, dentro de los dos años siguientes a la emancipación, a haber cumplido dieciocho años o a la recuperación de la plena capacidad.

Artículo 20. La Declaración de opción se hará ante el encargado del Registro Civil del domicilio del interesado. Si residiera fuera de España, podrá hacer la declaración ante el Registro consular correspondiente o mediante documento debidamente autenticado y dirigido al Ministerio de Asuntos Exteriores.

Son requisitos de esta adquisición por opción: La declaración de renuncia a la nacionalidad anterior, el juramento o promesa de fidelidad al Rey y de obediencia a la Constitución (R. 1978, 2836) y a las Leyes, y la inscripción como español en el Registro Civil.

c) Artículo 21. La nacionalidad española se adquiere por carta de naturaleza, otorgada discrecionalmente mediante Real Decreto, cuando en el interesado concurren circunstancias excepcionales.

Podrán solicitar la adquisición el interesado emancipado o mayor de dieciocho años, y los menores, desde que cumplan los catorce años, asistidos por su representante legal, debiendo cumplirse los requisitos establecidos en el párrafo último del artículo anterior.

d) Artículo 22. La nacionalidad española se adquirirá por residencia en España por tiempo de diez años, previa solicitud del interesado, y mediante concesión otorgada por el Ministro de Justicia, que podrá denegarla por motivos de orden público o interés nacional.

Serán suficientes dos años, cuando se trate de nacionales de origen de los países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial o Portugal o de sefardíes, que acrediten su respectiva condición.

Bastará, sin embargo, el tiempo de residencia de un año para:

- 1.º El que haya nacido en territorio español.
- 2.º El nacido fuera de España de padre o madre que originariamente hubieran sido españoles.
- 3.º El que no haya ejercitado oportunamente la facultad de optar.
- 4.º Quien se haya casado con español o española, aunque el matrimonio se hubiere disuelto.

En todos los casos la residencia habrá de ser legal, continuada e inmediatamente anterior a la petición.

El solicitante deberá ser mayor de dieciocho años o estar emancipado.

Para que la concesión tenga eficacia será necesario cumplir los requisitos establecidos en el último párrafo del artículo 20.

La concesión o denegación de la nacionalidad deja a salvo la vía judicial civil.

4. Conservación. Artículos 23 y 25 del Código Civil:

a) Excepciones a la regla general de pérdida:

Artículo 23. Perderán la nacionalidad española los que hallándose emancipados y residiendo fuera de España con tres años de anterioridad adquieran voluntariamente otra nacionalidad. No la perderán cuando justifiquen ante los Registros Consular o Central que la adquisición de la nacionalidad extranjera se produjo, por razón de emigración.

Cuando se trate de españoles que ostenten desde su menor edad, además, una nacionalidad extranjera, sólo perderán la nacionalidad española si, una vez emancipados, renunciaren expresamente a ella en cualquier momento.

No se perderá la nacionalidad española en virtud de lo dispuesto en este artículo, si España se hallase en guerra.

La adquisición de la nacionalidad de países iberoamericanos, Andorra, Filipinas, Guinea Ecuatorial y Portugal o de aquellos con los que se concierte un tratado de doble nacionalidad, sólo producirá pérdida de la nacionalidad española de origen cuando el interesado así lo declare expresamente en el Registro Civil una vez emancipado.

b) Excepción del español no emancipado:

Artículo 25. No perderá el hijo la nacionalidad española por quedar sujeto a la patria potestad de un extranjero o porque quienes la ejerzan pierdan dicha nacionalidad.

5. Pérdida de la nacionalidad. Artículos 23 y 24 del Código Civil.

- a) Españoles de origen: Artículo 23, antes transcrito.
- b) Españoles que no lo sean de origen:

Artículo 24. Los españoles que no lo sean de origen perderán la nacionalidad:

1.º Cuando por sentencia firme fueren condenados a su pérdida conforme a lo establecido en las leyes penales o declarados incurso en falsedad, ocultación o fraude de su adquisición.

2.º Cuando entren voluntariamente al servicio de las armas o ejerzan cargo público en un estado extranjero contra la prohibición expresa del Gobierno.

6. Recuperación de la nacionalidad. Artículo 26 y Disposición transitoria de la Ley de 13 de julio de 1982.

a) Causas generales. Artículo 26 del Código Civil:

El español que haya perdido esta condición podrá recuperarla cumpliendo con los requisitos siguientes:

1.º Residencia legal y continuada en España durante un año inmediatamente anterior a la petición.

2.º Declaración ante el encargado del Registro Civil de su voluntad de recuperar la nacionalidad española.

3.º Renuncia ante el encargado del Registro Civil a su nacionalidad extranjera, y

4.º Inscripción de la recuperación en el Registro Civil.

El requisito de la residencia será dispensado por el Ministro de Justicia a los españoles emigrantes que justifiquen tal condición. También se dispensará a los españoles que hayan adquirido voluntariamente la nacionalidad de su cónyuge. En los demás casos, la dispensa tendrá carácter discrecional.

No podrán recuperar la nacionalidad sin previa habilitación concedida discrecionalmente por el Gobierno:

1.º Los que la hayan perdido siendo mayores de catorce años sin haber cumplido en España el servicio militar o la prestación social sustitutoria.

2.º Los que hayan sido privados de la nacionalidad conforme a lo establecido en el artículo 24.

b) Disposición transitoria:

Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 26, los que hubieren perdido la nacionalidad española por razón de emigración, con anterioridad a esta Ley, podrán recuperarla cumpliendo exclusivamente los requisitos 2 y 4 del citado artículo.

7. Significado de la unidad familiar.

La pérdida de la nacionalidad española basada en el principio de la unidad de la familia ha sido suprimida: en cuanto a la mujer casada por la Ley de 2 de mayo de 1975; y en cuanto a los hijos bajo la patria potestad por la Ley de 13 de julio de 1982, con el nuevo artículo 25 antes transcrito.

8. La doble nacionalidad.

a) Constitución: El apartado 3 del Artículo 11, antes transcrito.

b) Código Civil:

Artículo 9.º, 9:

A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto la última adquirida.

Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española se estará a lo que establece el apartado siguiente.

Artículo 9.º, 10: Se considerará como ley personal de los que carecieren de nacionalidad o la tuvieran indeterminada, la ley del lugar de su residencia habitual.

B) DERECHO CIVIL II

“LEY DE ARRENDAMIENTOS RUSTICOS”

ANTONIO AGUNDEZ FERNANDEZ
Profesor Ayudante de Derecho Civil

TEMA XXVII: ARRENDAMIENTOS RUSTICOS

1. Disposiciones del Código Civil

- A) Duración del Contrato. Artículo 1577.
- B) Rebaja de la Renta. Artículos 1575 y 1576.
- C) Facilidades de labores entre quien cesa y quien entra en el cultivo de la finca. Artículo 1578.

2. La vigente Ley de Arrendamientos Rústicos. Ambito

A) Es de fecha 31 de diciembre de 1980 (Boletín Oficial del Estado, 30 de enero de 1981). Se aplica a todos los contratos de arrendamientos y de aparcerías sobre fincas rústicas del territorio nacional; sin perjuicio de las normas de las legislaciones forales de las Comunidades Autónomas, (Disposición Adicional-Uno).

B) Se considerarán arrendamientos rústicos a los efectos de esta Ley, y quedarán sujetos a los preceptos de la misma, todos los contratos mediante los cuales se ceden temporalmente una o varias fincas para su aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal, a cambio de precio o renta (Artículo 1.º); sin que pierdan esta naturaleza aquellos contratos en que concurren alguna de las circunstancias siguientes:

1.^a Recibir de las partes una denominación distinta de la de arrendamiento.

2.^a Incluir, además de las tierras, edificaciones, instrumentos u otros elementos destinados a la explotación; y

3.^a Concretar el precio en una cantidad alzada para todo el tiempo del arrendamiento o, en todo o en parte, en la mejora o transformación del fondo arrendado (artículo 2.º). Y salvo pacto expreso, en el arrendamiento de una finca para su aprovechamiento agrícola o ganadero no se considerarán incluidos los aprovechamientos distintos como el de la caza o los forestales (artículo 3.º-2).

C) Están excluidos del ámbito de aplicación de esta Ley:

1.º Los contratos de cesión de finca rústica por tiempo superior a doce años, para plantar y aprovechar viñas, naranjos, olivares u otras especies arbóreas no forestales. (artículo 4.º).

2.º Los contratos de arrendamientos de carácter familiar (artículo 6.º-1 y 2).

3.º Los contratos de aprovechamiento de tierras a cambio de servicios fuera de ellos, los de temporada inferior al año agrícola, los preparatorios de cultivos y los de tipo industrial (artículo 6.º-3, 4, 5 y 7).

4.º Los contratos sobre fincas sujetas a la legislación especial de reforma y desarrollo agrario (artículo 6.º-6).

5.º Los contratos sobre fincas de predominante carácter urbanístico (artículo 7.º).

Excepto los sometidos a la legislación especial de reforma y desarrollo agrario, los otros están sujetos al Derecho Común del Código Civil y a las legislaciones Forales y normas de las Comunidades Autónomas.

D) El carácter imperativo de la Ley especial de Arrendamientos Rústicos está contenido en sus artículos 8.º a 11.º que, en síntesis, declaran nulos los actos y cláusulas en fraude de Ley y en perjuicio del arrendatario.

3. Contratos sujetos, partes contratantes, forma, prueba y duración.

A) Contratos sujetos:

Los considerados de arrendamientos rústicos consistentes en cederse temporalmente una o varias fincas para su aprovechamiento agrícola, pecuario o forestal, a cambio de precio o renta; aún cuando reciban otra denominación distinta, incluyan edificaciones o instrumentos destinados a la

explotación o sea señalada la renta conforme a cantidad alzada para todo el tiempo del contrato o en la mejora de la finca. Deben tenerse en cuenta las exclusiones señaladas en el epígrafe anterior.

B) Partes contratantes:

a) Arrendador. Es quien cede el disfrute temporal de las fincas por renta o merced; debiendo tener la misma capacidad jurídica que para enajenarla. Los padres o tutores del titular de la finca podrán celebrar el contrato de arrendamiento, pero sólo con la duración de tiempo hasta que el menor alcance la mayoría de edad, (artículo 12). Los menores emancipados o habilitados de edad necesitarán el consentimiento de su padre o de su tutor (artículo 323 del Código Civil).

El arrendador tiene las obligaciones de entregar la finca al arrendatario, mantenerle en el goce pacífico de la misma y realizar en ella las obras y reparaciones necesarias.

b) Arrendatario. Es quien cultiva la finca de propiedad ajena, obteniendo los frutos que produzca y abonando al arrendador, en compensación, la renta convenida. Además tiene las obligaciones de usar de la finca con la diligencia de un buen padre de familia, tolerar las reparaciones y mejoras que haya de realizar el arrendador y devolver la finca al finalizar el contrato.

El arrendatario ha de tener el carácter de profesional de la agricultura, por dedicarse de manera preferente a las actividades agrarias, efectiva y directamente; sea persona natural, en plenitud de derechos civiles, sea persona jurídica como Cooperativa, Sindicato, Organización profesional u organismo oficial autorizado por las propias normas reglamentarias.

Los extranjeros únicamente pueden ser arrendatarios, en caso de convenio de reciprocidad.

C) Forma:

La forma exterioriza el consentimiento de los contratantes y acredita, como prueba, las cláusulas convenidas. Regla general es la libertad de forma (artículo 20); reiterando el principio establecido por el artículo 1278 del Código Civil. Son excepciones:

a) Forma escrita en los arrendamientos de larga duración, con dieciocho años de mínimo plazo (artículo 28). También en las aparcerías (artículo 107).

b) Contrato tipo establecido por la Administración, pudiendo las par-

tes compelerse a su otorgamiento (artículos 20 y 21). La Orden de la Presidencia de Gobierno de fecha 1.º de diciembre de 1981 regula el modelo de contrato-tipo.

D) Prueba:

La forma escrita del contrato es garantía de las partes para prueba de sus condiciones y cláusulas. Para facilitar la prueba del contrato mediante la forma escrita y solemne de documento público, el convenio contenido en el contrato-tipo se elevará a escritura pública a instancia de cualquiera de las partes (artículo 23); así como se prevé la organización del Registro Especial de Arrendamientos Rústicos donde habrán de constar los contratos escritos, según establezcan las normas concretas que en su día se dicten.

Incumbe la carga de la prueba a quien invoque la existencia de estipulaciones que se aparten de las normas dispositivas o de las cláusulas del contrato-tipo. Cuando no constaren el tiempo o el precio convenido, se presumirá que el tiempo es el mínimo del artículo 25 y que el precio es el acostumbrado en la Comarca. Salvo pacto expreso en contrario, se presume que el arrendamiento lo es a renta fija (artículo 23).

E) Duración:

a) Arrendamientos de prórroga automática. Tiempo mínimo de seis años, con una primera prórroga por otros seis años y sucesivos de tres hasta el límite de quince años. (artículo 25). El arrendador podrá oponerse a la prórroga si se compromete a cultivar directamente la finca durante seis años, por sí o por su cónyuge o para que la cultive algunos de sus descendientes mayores de dieciséis años (artículo 26).

b) Arrendamientos de larga duración. Tiempo mínimo de dieciocho años. Llegado el término, el arrendador podrá recuperar la posesión de la finca, notificándoselo fehacientemente al arrendatario, con un año de antelación, al menos. De no realizar esta notificación, el contrato se entiende prorrogado tácitamente por tres años; y así sucesivamente (artículo 28).

4. Régimen que establece sobre la renta y su revisión.

A) Renta: Es el valor compensatorio de la cesión del disfrute temporal de la finca rústica.

a) Puede ser en metálico o en especies (artículo 31). Se dá presunción a favor de la renta fija (artículo 22-3).

b) Tiempo de pago: Por años y en la fecha pactada; en defecto de su señalamiento, será conforme a la costumbre del lugar. Queda prohibido el pago anticipado de renta por más de un año (artículos 32 y 33).

c) Lugar del pago de la renta será el pactado. En defecto de señalamiento, será el de la morada o casa del arrendatario (artículo 34).

B) Revisión. Se dá en estos dos casos:

1.º Cuando transcurrido el primer año de vigencia del contrato, resulte la renta inferior o superior a la usual en el lugar para fincas análogas (artículo 40).

2.º Cuando hubieren cambiado las circunstancias que influyeron en su determinación, produciéndose una lesión económica superior al 15 por 100 de la renta justa (artículo 43).

Además, la Ley prevé los supuestos de actualización de la renta para cada anualidad, a facultad de las partes, con relación al último índice anual de precios de productos agrícolas o ganaderos, establecido por el Ministerio de Agricultura o Departamento de Comunidad Autónoma (artículo 38); y la reducción o exoneración de la renta en supuestos de caso fortuito o fuerza mayor, respecto de riesgos ordinariamente no asegurables en que se perdiese, antes de terminar la recolección, más de la mitad de los frutos que ordinariamente produjese la finca (artículo 44).

5. Gastos y Mejoras. Subarriendo, Cesión y Subrogación.

A) Gastos y Mejoras:

a) Los gastos de obras y reparaciones necesarias, con el fin de conservar la finca en estado adecuado para servir a la explotación, son a cargo del arrendador (artículo 52).

b) Las mejoras útiles y sociales realizadas por el arrendador, le dan derecho a elevar la renta en proporción a la mayor productividad que se obtenga (artículo 58). Si el arrendatario realizase estas mejoras podrá, al término del contrato, retirarlas siempre que la finca no sufre deterioro o al abono de su importe (artículos 60 y 62). Las mejoras suntuarias podrán realizarlas tanto el arrendador como el arrendatario (artículo 69).

B) Subarriendo, Cesión y Subrogación:

a) Son nulos los subarriendos o las cesiones totales o parciales, de los derechos del arrendatario; y además podrán ser causa de desahucio (artículo 70). Pero existen excepciones como los de subarriendos pactados en favor del cónyuge o descendiente; y el de la vivienda que forme parte

de la finca rústica, si es por temporada; así como la cesión a favor del IRYDA u Organismo similar de Comunidad Autónoma (artículo 71).

b) La subrogación del arrendatario es permitida cuando fuere a favor del cónyuge o de uno de sus descendientes (artículo 73); y la subrogación del arrendador que sea adquirente de la finca, con todos sus derechos y obligaciones (artículo 74).

6. Terminación del arrendamiento. Formas de acceso a la propiedad. Expropiación.

A) Terminación del arrendamiento. La Ley distingue tres clases: Resolución, Sucesión y Extinción.

a) Resolución (artículos 75 a 78). Causas:

1.^a Falta de pago de las rentas.

2.^a Incumplimiento grave por el arrendatario de las obligaciones de mejora o transformación.

3.^a No explotar la finca conforme a su aprovechamiento agrícola, ganadero o forestal.

4.^a Subarriendo, cesión o subrogación, salvo los casos permitidos.

5.^a Causar graves daños en la finca.

6.^a Causas previstas en leyes especiales; entre ellas la del artículo 34 de la Ley 5 de 4 de enero de 1977, cuando hayan de realizarse en la finca proyectos de explotación intensivos aprobado por el Ministerio de Agricultura.

7.^a Perder el arrendatario la condición de profesional de la Agricultura.

8.^a Excederse el arrendatario de los límites de extensión máxima de finca señalados en 500 hectáreas de secano o 50 hectáreas de regadío.

9.^a Resolución del derecho del arrendador, como en el caso de usufructo.

b) Sucesión (artículos 79 a 81). Según el siguiente orden de preferencia y exigiéndose al sucesor el carácter de profesional de la Agricultura:

1.^a Legitimario o cooperador de hecho en el cultivo de la finca que designe por testamento el arrendatario.

2.^a Cónyuge superstite no separado legalmente o de hecho.

3.^a Heredero o legatario que al abrirse la herencia fuere arrendatario de la finca o cooperador de hecho en su cultivo.

4.^a Cualquiera de los restantes herederos forzosos.

c) Extinción (artículos 82 y 83). Estas son las causas principales.

1.^a Pérdida de la finca por caso fortuito o fuerza mayor.

2.^a Expiración del tiempo convenido de duración.

3.^a Expiración del último periodo de prórroga legal incluida en esta causa la tácita reconducción.

Además se extingue el arrendamiento por las causas de tanteo y retracto, adquisición preferente y de adquisición forzosa, que son las llamadas formas de acceso a la propiedad.

B) Formas de acceso a la propiedad.

a) Tanteo y Retracto. Corresponde al arrendatario en la enajenación intervivos de la finca, mediante abono del mismo precio y condiciones, y reembolsando al tercer adquirente los gastos del contrato y los útiles realizados en la finca. El plazo para su ejercicio es de sesenta días desde la notificación de la venta a tercero (artículos 80 a 88).

b) Adquisición Preferente. En los contratos de donación, aportación a Sociedad, permutas o cualquier otros distintos de la compraventa, el arrendatario podrá ejercitar su derecho de adquisición preferente en la misma forma establecida para tanteo y retracto, abonando el precio de transmisión, y de no constar éste será fijado en juicio civil, conforme a las normas de la Ley de Expropiación Forzosa (artículo 89).

c) Adquisición Forzosa (artículos 98 y 99). En estos tres casos:

1.º Contratos anteriores a la publicación del Código Civil (en 25 de julio de 1889).

2.º Contratos anteriores a 1.º de agosto de 1942, de renta no superior a cuarenta quintales métricos de trigo y cultivada la finca personalmente por el arrendatario.

3.º Contratos que se extingan por expiración de la prórroga legal y el arrendador, dentro del año siguiente al término, no recabe la entrega de la finca para cultivarla personalmente por sí o por heredero. El precio será fijado en juicio civil, conforme a las normas de la Ley de Expropiación Forzosa.

C) Expropiación (artículo 100). La expropiación forzosa de finca, sobre la que existe establecido contrato de arrendamiento rústico, es causa de la extinción de éste, porque desaparecen los dos elementos reales del contrato: La posesión del inmueble por el arrendatario y la renta que abonaba en compensación del disfrute. Expropiada la finca, el arrendador recibe el justiprecio; y el arrendatario una indemnización compuesta por los conceptos siguientes: Importe de una renta anual actualizada y además el

de una cuarta parte de dicha renta o fracción que falte para la expiración del contrato, importe de lo que el arrendador deba por mejoras, importe de las cosechas pendientes, importe de daños y perjuicios que sufra la explotación agrícola cuando el arrendamiento sea uno de los elementos integrantes, importe de daños y perjuicios por el cambio de residencia y el premio de afección en un cinco por ciento calculado sobre la suma de los conceptos anteriores.

TEMA XXVIII: LA APARCERIA

1. Referencia a la teoría de los contratos parciarios.

El arrendamiento parciario.

A) Referencia a la teoría de los contratos parciarios.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1947 recogió la definición dada por el profesor Castán Tobeñas: Contrato parciario es "por el que una persona se obliga a ceder a otra ciertos bienes o ciertos elementos de una explotación a cambio de obtener una parte alicuota de los frutos o utilidades que aquéllos o éstos produzcan".

En cuanto a su naturaleza, la doctrina más unánime lo considera como contrato mixto entre el de arrendamiento y el de sociedad, conjugando elementos de ambos (Sentencia del Tribunal Supremo de 5 de noviembre de 1959). Su esencia está en el disfrute temporal de bienes ajenos mediante la compensación de una parte proporcional de los frutos de ellos obtenidos.

El Código Civil dedica a estos contratos el artículo 1579, dentro del régimen de los de arrendamiento. Distingue tres clases: agrícola, ganadero e industrial; pero le dá prevalencia de carácter de sociedad. La nueva Ley de Arrendamientos Rústicos, regula el contrato de arrendamiento parciario y el contrato de aparcería, calificando uno y otro según la cuantía de los elementos de la explotación que aporte el cedente de la finca rústica.

B) El arrendamiento parciario.

a) Es figura contractual intermedia entre el arrendamiento y la aparcería, introducida por el artículo 101 de la nueva Ley. Se define como el contrato de disfrute temporal de finca rústica, en el que la renta consiste en participación del arrendador en los productos que el arrendatario ob-

tenga de la finca, siempre que el arrendador haya aportado solamente la tierra o, cuando además de la tierra, contribuya a la explotación con ganados, maquinaria y capital circulante en proporción inferior al 25 por 100 del valor total de estos tres conceptos correspondiente a ambos contratantes.

b) Se rige por las normas reguladoras del contrato de arrendamiento. La Ley (artículo 101-6) prevé la conversión de la renta alicuota en renta metálico, pasando a ser contrato de arrendamiento ordinario. La nueva renta ya no será proporcional sino fija, según se deduce del artículo 22-3.

c) De la regulación de la aparcería se le aplican algunas normas, así: Las de proporcionalidad en las repercusiones (artículo 101-2 y 3); y las de resolución del contrato por deslealtad o fraude del arrendatario en la valoración o en la entrega de los frutos que le correspondan (artículo 101-5).

2. Régimen de las aparcerías en la Ley de 31 de diciembre de 1980.

Disposiciones generales.

A) Concepto. Es contrato por el que el titular de una finca rústica cede temporalmente, para su explotación agraria, el uso y disfrute de la finca o de alguno de sus aprovechamientos aportando, además, el 25 por 100 como mínimo del valor total del ganado, maquinaria y capital circulante, y percibiendo, en concepto de renta, una participación en los productos en proporción a sus aportaciones (artículo 102-1).

B) Régimen normativo. En primer lugar se regula por los pactos expresos de los contratantes; segundo, según las normas forales o de derecho especial y de la costumbre; tercero, por las normas contenidas en los artículos 102 a 127 de esta Ley de Arrendamientos Rústicos; y cuarto, por las demás normas de la misma Ley en cuanto no resulten contrarias a la naturaleza de aparcería.

C) Carácter imperativo. Como se deduce de estos preceptos.

a) Será nula la cesión total o parcial del uso o disfrute de la finca, del aprovechamiento o aprovechamientos principales o del contrato de aparcería; dando lugar al desahucio del aparcero (artículo 104).

b) Los aparceros podrán invocar a su favor los beneficios que les concede esta Ley, que será irrenunciables salvo cuando el derecho a ellos pueda ser ejercitado y la renuncia se haga constar en documento público (artículo 105).

3. Forma del contrato de aparcería. Valoración de las aportaciones. Duración.

A) Forma. El contrato de aparcería deberá formalizarse por escrito, haciéndose constar en él el valor de las respectivas aportaciones de los contratantes o los criterios para su valoración o, al menos, el porcentaje que represente la aportación de cada uno; y asimismo se hará constar la participación en los productos (artículo 107-1). Igualmente se expresarán en el contrato las circunstancias personales de los contratantes y las de la finca y los elementos de productividad.

B) Valoración de las aportaciones. La forma escrita del contrato de aparcería rústica es, como vemos, una exigencia para garantizarse la certeza de las cuantías de las aportaciones y de la participación en los productos. Por ello el artículo 107-2 y 3 se preocupa de regularlas así: primero, las aportaciones se valoran conforme se haya establecido en el contrato; segundo, si no figura en el contrato más que la participación en los productos, se presumirá que la valoración de las respectivas aportaciones coincide con ella, y lo mismo cuando, valoradas las aportaciones, nada se diga de la participación; y tercero, cuando no figure en el contrato y faltare la prueba de la participación de las aportaciones y en los productos, la valoración se hará según la costumbre del lugar.

Norma complementaria: En supuesto de que el aparcero aporte exclusivamente su trabajo personal, deberá serle garantizado el salario mínimo y cumplirse lo dispuesto en las leyes laborales y de seguridad social (artículo 108-1).

C) Duración. Duración mínima es la de una rotación de cultivo. Si el cedente no preavisa al aparcero del fin del contrato, con un año de antelación, el contrato se prorroga por el tiempo de otra rotación de cultivo; y así sucesivamente (artículo 109).

4. Derechos y obligaciones de las partes. Revisión. Mejoras.

A) Derechos y obligaciones de las partes.

a) De carácter general, como en el contrato de arrendamiento. El cedente tiene las obligaciones de entregar la finca al aparcero, mantenerle en el goce pacífico y realizar las obras y reparaciones necesarias. El aparcero tiene las obligaciones de cultivar la finca a uso de buen labrador, abonar

la renta de productos, tolerar la realización de obras y reparaciones necesarias y devolver la finca al finalizar el contrato.

b) De carácter propio de la aparcería. La Ley establece estas normas esenciales:

1.^a Tipo y clase de cultivo. Su determinación corresponderá al cedente, al aparcerero o a ambos, según conste en el contrato, y en su defecto conforme al cultivo usual en la localidad o comarca (artículo 111).

2.^a Liquidación de frutos. Se realizará en el tiempo y forma convenidos; y en su defecto, según costumbre local o comarcal. La práctica de una liquidación y adjudicación presume que están realizadas las anteriores (artículo 112).

3.^a Las contribuciones e impuestos que recaigan sobre la finca son de cargo del cedente; y las que recaigan sobre los productos serán de cuenta de cedente y aparcerero, según las respectivas participaciones (artículo 114-1 y 2).

4.^a Las cuotas por Seguridad Social y de las Cámaras Agrarias serán de cargo de quien establezcan sus respectivas normas reguladoras (artículo 114-3).

5.^a Los tratamientos obligatorios contra plagas o similares serán abonados según dispongan las leyes que los regulen; en su defecto, según la costumbre del lugar; y en defecto de ésta, en proporción a la participación en la aparcería (artículo 114-4).

Además, la Ley regula los derechos del aparcerero al acceso a la propiedad y a convertirse en arrendatario, que serán expuestos más adelante.

B) Revisión.

Procede la revisión del contrato de aparcería respecto a la proporción, en la distribución de los productos, en los casos de infracción de las normas generales reguladoras (de los artículos 102 a 127 de la Ley); en los casos de dolo o mala fe; y en los casos de lesión superior al quince por ciento de lo que deba corresponder a cada parte con arreglo a sus respectivas aportaciones (artículo 115).

C) Mejoras.

Las mejoras existentes en la finca explotada en régimen de aparcería se presumen que han sido costeadas por la parte contratante a quien incumba su realización; es decir, por el cedente las que conforme a Ley, resolución judicial o administrativa le sean impuestas; y por el aparcerero las que se le impongan como empresario agrario (artículo 116-1).

Los gastos por deterioro que procedan del uso natural de las cosas serán pagados por los contratantes en proporción a las respectivas participaciones (artículo 116-3).

5. Extinción. Formas de acceso a la propiedad. Conversión de la aparcería en arrendamiento. Expropiación.

A) Extinción. (artículo 117). Son causas las siguientes:

- a) Término del plazo.
- b) Incumplimiento grave de las obligaciones del aparcerero.
- c) Falta de entrega o fraude en la participación de frutos correspondiente al cedente.
- d) Otras causas establecidas en el contrato, usos o costumbres locales, siempre que no se opongan a lo establecido en esta Ley.
- e) Las causas que provocan la extinción del arrendamiento, en su amplio concepto de terminación que comprende los supuestos de resolución, sucesión y extinción de los artículos 79 a 83, no incluidos en alguna de las cuatro precedentes.

B) Formas de acceso a la propiedad (artículo 118).

El aparcerero tiene derecho, en toda enajenación intervivos de la finca rústica, a acceder a la propiedad de ella mediante el ejercicio de los derechos de tanteo y retracto y adquisición preferente, abonando el precio convenido en la enajenación, los gastos del contrato y los gastos útiles realizados en la finca. Se ejercitan en el plazo de sesenta días desde que fue notificada la enajenación. Son los mismos requisitos, condiciones y efectos que establece la Ley en los artículos 80 a 99 para el acceso del arrendatario a la propiedad de la finca.

C) Conversión de la aparcería en arrendamiento. Procederá en alguno de estos tres supuestos.

1.º Cuando se produjese la extinción del contrato de aparcería por causa que resulte del contrato o de los usos y costumbres locales; pudiendo optar el aparcerero por la continuación como arrendatario (artículo 116-quinta).

2.º Cuando se produjese el fallecimiento o la invalidez del aparcerero y continuaren el contrato de aparcería sus familiares que viniesen cooperando en la explotación; pudiendo entonces optar el cedente por la conversión de la aparcería en arrendamiento (artículo 116-sexta-dos).

3.º Cuando, en caso de enajenación a tercero de la finca de aparcería, si al aparcerero no le interesase acceder a la propiedad de ella tendrá entonces derecho a la conversión del contrato en otro de arrendamiento (artículo 118-2).

El ejercicio del derecho de conversión habrá de realizarse desde que se produce el motivo hasta la fecha de conclusión del año agrícola y liquidación de frutos; pues al no establecer la Ley plazo determinado, se estará a este principio general, propio de los contratos de arrendamiento y aparcería. La conversión no procederá si el aparcerero no reúne las condiciones de profesional de la Agricultura (artículo 119-4).

Para hacerse efectiva la conversión han de señalarse la situación concreta de la tierra perteneciente a la finca y la renta, como elementos reales del nuevo contrato. Si en cuanto a ellos no se pusieren de acuerdo arrendador y arrendatario, el Instituto Nacional de Reforma y Desarrollo Agrario (IRYDA) formulará propuesta atendiendo a la viabilidad de las explotaciones resultantes y para que el aparcerero obtenga rendimientos análogos a los que le producía la aparcería; pero si no le aceptan la propuesta, habrán de acudir al Juez civil competente para que fije las condiciones del contrato de arrendamiento. La duración del nuevo contrato será, como mínimo, de seis años contados desde la conversión y el arrendatario tendrá derecho a las prórrogas legales (artículo 119-1-2 y 3).

D) Expropiación.

El artículo 120 remite a las normas del 100, referidas al contrato de arrendamiento. Como por la expropiación forzosa de la finca el cedente pierde la propiedad y el aparcerero pierde la posesión, así como desaparece el elemento real de merced o renta, se extingue por ello el contrato de aparcería. Consecuencias son que el cedente, generalmente propietario, reciba el justiprecio de la finca, y que el aparcerero reciba una indemnización.

Esta indemnización comprende: Importe de renta anual actualizada, como si se tratase de caso de conversión en arrendamiento, más una cuarta parte de ella o fracción por el tiempo que falte para concluir el contrato; importes de mejoras y de cosechas pendientes; importes de daños y perjuicios causados a la explotación y de los derivados del cambio de residencia del aparcerero; y el premio de afección consistente en un cinco por ciento sobre la suma de los conceptos anteriores.

C) DERECHO ADMINISTRATIVO I

LA LEGISLACION COMPARTIDA ENTRE EL ESTADO Y LAS COMUNIDADES AUTONOMAS EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Por TOMAS RAMON FERNANDEZ RODRIGUEZ
Catedrático de Derecho Administrativo de la UNED

El tema 6.º de la U. D. 1.ª del primer curso de Derecho Administrativo —las observaciones que a continuación van a hacerse afectan en la misma medida a los alumnos de Derecho Administrativo Económico— contiene en su apartado tres una explicación del problema de la legislación compartida entre el Estado y las Comunidades Autónomas, que intenta aclarar el alcance de aquellos preceptos de la Constitución que atribuyen a aquél la competencia para dictar la legislación básica en ciertas materias y a éstas el desarrollo de dicha legislación.

Esta interpretación hubo que hacerse en el momento en que las Unidades fueron redactadas sobre la sola base de la Constitución recién promulgada, ya que entonces no se había promulgado todavía ningún Estatuto de Autonomía, ni, por supuesto, había comenzado a funcionar el Tribunal Constitucional. Hoy, en cambio, éste ha elaborado ya una doctrina jurisprudencial importante, cuyo estudio obliga a rectificar en algunos puntos importantes la interpretación que al redactar las Unidades tuvimos que arriesgar. Es por ello necesario ofrecer a ustedes un nuevo conjunto de respuestas a muchas de las preguntas que en las Unidades que ustedes manejan quedaron formuladas.

Pensarán ustedes que, si tantas modificaciones se han producido, sería preferible rehacer las propias Unidades Didácticas aprovechando el momento de su reedición. Personalmente creo que esto no sería acertado. Es todavía demasiado pronto para ello y son muchos aún los cabos que han de ser atados antes de que pueda afrontarse esa tarea con alguna seguridad. La praxis política y la jurisprudencia constitucional están aclarando muchas cuestiones y fijando muchas referencias; lo están haciendo, además, con bastante rapidez, pero aún falta mucho por hacer y es arriesgado todavía formalizar en un libro de texto una doctrina que dista mucho de ser completa y de tener el carácter definitivo que su inclusión en aquel podría aparentar.

Me ha parecido por ello más prudente esta otra fórmula, que en rigor, es idéntica a la que cualquier profesor emplearía —y emplea— en su propia clase cuando tiene la oportunidad de reunirse con sus alumnos. Entiendo, también, que esto que ahora hacemos es más formativo, puesto que contribuye a poner de manifiesto que en Derecho los dogmatismos están fuera de lugar y que todo debe ser permanentemente sometido a revisión. Es esto, sin duda, lo más duro de nuestro oficio, pero también lo más apasionante.

Vamos pues, a lo que en este momento importa:

1. La primera cuestión importante que hay que subrayar aquí, a la vista de la doctrina del Tribunal Constitucional, es que

“el ejercicio de la competencia estatal para el establecimiento de las bases o legislación básica a que en distintos párrafos de su apartado 1 se refiere el artículo 149 (de la Constitución) no requiere en modo alguno, la promulgación de leyes de bases o de leyes de marco”.

En este sentido es explícita la Sentencia de 28 de julio de 1981, que declaró inconstitucional la Ley catalana de Diputaciones, cuya doctrina han ratificado luego la Sentencia de 28 de enero de 1982, que resolvió el conflicto de las Cajas de Ahorros del País Vasco, y la Sentencia de 8 de febrero de 1982, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad promovido por el Gobierno contra la Ley catalana sobre medidas urgentes para la función pública.

Quiere esto decir, como aclaran las Sentencias citadas, que

“La noción de bases o de normas básicas ha de ser entendida como **no-ción material**” (sentencia de 28 de julio de 1981), lo que supone que “unas normas no son básicas por el mero hecho de estar constituidas en una ley y ser en ella calificadas como tales (lo cual sería consecuencia lógica de una noción formal de bases), sino que **lo esencial del concepto de bases es su contenido**” (sentencia de 28 de enero de 1982).

2. De esta primera observación se desprende otra que es, también, de suma importancia, a saber: que “esos principios o criterios básicos, estén o no formulados como tales, son los que racionalmente se deducen de la legislación vigente”, incluso de la propia legislación preconstitucional, en la medida, claro está, en que ésta no haya sido afectada por la Constitución, lo que normalmente es el caso de las normas que disciplinan la acción sectorial del poder público (montes, minas, banca y crédito, industria, etc., etc.), y no se encuentran inmediatamente condicionadas por el fundamento de legitimidad de ese poder y la estructura política que de él deriva.

Esta tesis, que sostuvo con firmeza la Sentencia de 28 de julio de 1981 al juzgar la Ley catalana de Diputaciones y que es muy razonable, permite resolver sin dificultad algunas de las incógnitas más difíciles que se plantearon en las Unidades Didácticas a la vista de la realidad italiana, única experiencia entonces utilizable a falta de la propia nuestra. En concreto, permite que la potestad legislativa de las Comunidades Autónomas pueda ejercerse sin necesidad de esperar a que las Cortes Generales aprueben nuevas leyes marco, espera que podría bloquear indefinidamente aquel poder, y evita, al propio tiempo, el riesgo de que las leyes de las Comunidades Autónomas se muevan en el vacío, sin una referencia común que la Constitución considera imprescindible en garantía de la unidad del Estado.

3. La consagración de un concepto material de bases o de normas básicas aclara también el problema de su rango. La Sentencia de 28 de enero de 1982 es concluyente en este punto y su doctrina puede sintetizarse así:

- “Dado el carácter fundamental y general de las normas básicas, el instrumento para establecer con posterioridad a la Constitución es la Ley”.
- Excepcionalmente, sin embargo, el Gobierno podrá fijar por Real Decreto, de modo complementario, alguno de los aspectos básicos de una materia determinada.
- Uno de estos supuestos excepcionales se da cuando es preciso complementar o adecuar a situaciones nuevas derivadas del ordenamiento constitucional las bases de la regulación de una materia contenidas en la legislación preconstitucional.
- Las excepciones tendrán, no obstante, carácter provisional “entre tanto las Cortes Generales no procedan a establecer una regulación completa e innovadora de las bases de la materia en cuestión”.

4. Queda en pié, por supuesto, el concepto que de bases o normas básicas se da en las Unidades. Las Sentencias a las que vengo refiriéndome son muy claras al respecto:

- La legislación básica debe comprender **los principios o criterios básicos** en materia de organización y competencia de general aplicación en todo el Estado (Sentencia de 28 de julio de 1981).
- Las bases son, pues, **“un común denominador normativo**, a partir del cual cada Comunidad, en defensa del propio interés general, podrá establecer las peculiaridades que le convengan dentro del marco de competencias que la Constitución y su Estatuto le hayan atribuido sobre aquella misma materia” (Sentencia de 28 de enero de 1982).
- En consecuencia, **“la fijación de estas condiciones básicas no puede implicar en ningún caso el establecimiento de un régimen uniforme, sino que debe permitir opciones diversas”** (Sentencia de 28 de julio de 1981); **“El establecimiento por parte del Estado de las bases de la ordenación no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacía de contenido la correlativa competencia de la Comunidad”**.

5. Estas últimas observaciones indican ya cuál es el ámbito propio del desarrollo de las normas básicas por las Comunidades Autónomas. Sobre este tema del desarrollo conviene, sin embargo, recordar algunas puntualizaciones adicionales que acaba de hacer el Tribunal Constitucional:

- **“El hecho de que en materia determinada de la Constitución sólo atribuya al Estado la fijación de sus bases, no significa en modo alguno, que a una Comunidad determinada le corresponda ya, sin más, la regulación de todo lo que no sea básico, pues a cada Comunidad sólo le corresponderán aquellas competencias que haya asumido en su Estatuto, perteneciendo las demás al Estado, tal como dispone, en términos inequívocos, el artículo 149.3 de la Constitución (Sentencia de 28 de enero de 1982).**
- **El desarrollo de las normas básicas pueden hacerlo las Comunidades Autónomas por Ley, o en su caso, por normas reglamentarias, cuando así lo permita la naturaleza del tratamiento de la materia (Sentencia de 28 de enero de 1982).**
- **No es preciso, si afecta a la plena vigencia de las bases estatales, que las normas autonómicas de desarrollo reiteren los mandatos de aquellas. La reiteración, caso de producirse, tiene el carácter de mero recordatorio de la vigencia y aplicabilidad de aquellas nor-**

mas básicas del Estado, que se imponen en todo caso, sean recordadas o no por el legislador comunitario, por su propia virtud (Sentencia de 8 de febrero de 1982).

Estos son, por el momento, los aspectos más sobresalientes de la doctrina establecida en este punto por el Tribunal Constitucional que ustedes deben tener en cuenta al estudiar el tema indicado, rectificando en lo procedente lo que en él se dice.

D) DERECHO ADMINISTRATIVO II

REGIMEN LOCAL: LAS MODIFICACIONES DE LA LEY DE 28 DE OCTUBRE DE 1981

Por ADOLFO SERRANO DE TRIANA
Prof. Adjunto Contratado de Derecho Administrativo

En el Boletín Oficial del Estado de 12 de noviembre de 1981, aparece publicada la Ley núm. 40/81 de 28 de octubre que contiene ciertas innovaciones sobre régimen jurídico de las corporaciones locales.

El texto legal contiene solo 26 artículos aparte sus disposiciones adicionales (2), transitorias (6), finales (8) y derogatorias; pero las disposiciones afectadas del ordenamiento local son muy numerosas, como lo demuestra el hecho de la aparición del Real Decreto 3183/1981 de 29 de diciembre, por el que se aprueba la tabla de vigencias de los preceptos afectados por la Ley 40/81 citada, y que responde a la necesidad de poner orden en el ya intrincado panorama resultante de la efectividad de esta Ley.

Como dato curioso, puede señalarse que el Decreto de vigencias más parece una norma de derogaciones que de vigencias "stricto sensu", tal es la cantidad de preceptos que estima afectados en la Ley de Régimen Local de 24/VI/1955, del Real Decreto 3250/1976 de 30 de diciembre, del Real Decreto 3046/77 de 6 de octubre, del Reglamento de Organización y Funcionamiento y Régimen jurídico de las Corporaciones Locales de 17 de mayo de 1952, del Reglamento de Haciendas Locales, de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, de la Instrucción de Contabilidad de las Corporaciones Locales, y de los Reglamentos de Bienes y Servicios, entre otras normas.

La Ley se refiere sustancialmente a tres aspectos primordiales:

- El denominado “Régimen jurídico de las corporaciones locales, función pública local, y régimen económico y financiero.

El primer aspecto concierne entre otros puntos al proceso de integración de voluntad, que se contempla en los cuatro primeros artículos, y supone la derogación, entre otras normas, de los artículos 302 y 303 de la Ley de Régimen local que recogen el sistema de adopción de acuerdos de las Corporaciones Locales. Las novedades ahora introducidas suponen:

1. La exigibilidad de un quorum necesario de 1/3 del número legal de los miembros del Pleno, Comisión Permanente o Comisión de Gobierno sin que pueda ser inferior a tres.

2. La exclusión de algunas materias del sistema de votación reforzada (2/3 del número de hecho y en todo caso mayoría absoluta legal de los miembros de la Corporación) como son: creación o disolución de Mancomunidades, arrendamiento de bienes comunales, planes generales de urbanización y proyectos de ensanche, reforma interior o urbanización parcial (tengan en cuenta a este respecto la existencia del REAL DECRETO LEY 16/1981 de 16 de octubre sobre adaptación de planes generales de Ordenación Urbana, comentado por el profesor Fernández Rodríguez en el núm. 8/E/1982 del BFD de la UNED, que supone un notable refuerzo de las competencias locales al eliminar controles de las Administraciones excluidas), Municipalización y Provincialización de servicios sin monopolio, empresas mixtas, concesiones o arrendamientos de bienes, emisión de empréstitos y concesiones de quitas y esperas. Estos temas quedan ahora referidos a una necesidad de existencia del voto favorable de la mayoría absoluta legal de los miembros de la Corporación para la validez de los acuerdos tomados sobre ellos.

Las modificaciones al “régimen jurídico” conciernen además a la remoción de los controles de fiscalización sobre los entes locales (reflejo de la sentencia del Tribunal Constitucional de 2 de febrero de 1981 y de los artículos 137 y siguiente de la Constitución); así se ordena la supresión de los procedimientos de intervención y tutela que ejercía el Ministerio de Administración Territorial en materia de personal propio de las mismas (aprobación de plantillas, creación de grupos, nombramientos de funcionarios de empleo), que se sustituyen por una mera comunicación (acto de conocimiento) a la Administración del Estado y al órgano autonómico correspondiente dentro de los 30 días siguientes a la fecha de su adopción. Igualmente las facultades de suspensión de acuerdos por los presidentes de las Corporaciones y Gobernadores Civiles contenidas en los artículos

362 y siguientes de la LRL quedan sustituidas por una posibilidad de impugnación jurisdiccional de la Administración del Estado, por lo que existe la misma carga de comunicación de los actos y acuerdos locales dentro de los seis días siguientes a su adopción. Sin embargo, tal impugnación viene condicionada a que afecten directamente a materias de la competencia del Estado e impliquen infracción manifiesta de las leyes.

El segundo aspecto concierne a la función pública local y la Ley establece el sistema de equiparación retributiva de los funcionarios locales con los estatales a niveles básicos, correspondiendo a cada Corporación la aplicación de las diversas retribuciones complementarias y la fijación de su cuantía dentro de los límites máximos y mínimos fijados por la Administración del Estado; precisa además la posibilidad de ampliación de plantillas, siempre que el incremento del gasto quede compensado mediante la reducción de otras Unidades o gastos corrientes no ampliables, o bien que el incremento de las dotaciones sea consecuencia del establecimiento o ampliación de servicios de carácter obligatorio que resulten impuestos por disposiciones "legales", según establece la ley con notable imprecisión terminológica, ya que una interpretación rigurosa (como opuesta a "disposiciones reglamentarias" únicas que pueden dictar las corporaciones locales) lleva a la conclusión que sólo la ley estatal o autonómica puede justificar indirectamente una ampliación de tales plantillas.

El tercer aspecto se refiere al régimen económico y financiero que atañe a distintas cuestiones como son: la elaboración y aprobación de los presupuestos locales; la automaticidad del pago a las corporaciones locales de cuantos recursos les correspondan, a través del sistema de entregas a cuenta de la liquidación definitiva, articulado por los Ministerios de Hacienda y Administración Territorial, donde se reserva el Estado las facultades de inspección de los fondos presupuestarios y participaciones de ingresos estatales cedidas así como "el grado de utilización de sus recursos tributarios propios y el nivel de prestaciones de los servicios públicos de carácter básico".

Otras cuestiones atañen al régimen de reclamaciones de ordenanzas y presupuestos, así como a tantos y elevaciones de tributos (artículos 18 a 25). La Ley se limita aquí a recoger aspectos de matiz, sin entrar a profundizar en una sistematización del régimen de exacción de tributos.

Se desaprovecha así la ocasión de armonizar el disperso y anacrónico conjunto de los tributos locales sobre el que unas medidas provisionales de reducción de figuras impositivas no hubiera estado de más hasta la aparición deseable de la nueva Ley de Bases de Régimen Local.

En general, el juicio hecho para la nueva regulación del régimen finan-

ciero, cabe generalizarlo para los otros aspectos modificados por esta ley que no tiene intención alguna de profundizar (abstracción hecha del pie forzado de la doctrina del Tribunal Constitucional sobre la que hemos llamado la atención. Así rebaja las dificultades burocráticas para municipalizar y provincializar, pero no consagrar la iniciativa pública en materia económica que corresponde a los entes locales con más título si cabe, que a la Administración General (artículo 128 de la Constitución), ni tampoco rompe el defectuoso tratamiento de estas figuras, hecho en los artículos 45 y 55 del Decreto de 17 de junio de 1955 (RSCL) sobre el que la doctrina (G. ENTERRIA, MANZANEDO, GARRIDO FALLA) es unánime; lo mismo cabe decir sobre el sistema de reclamaciones en materia de Ordenanzas y Presupuestos donde no se consagran instrumentos efectivos de control de los administrados, así como un sistema satisfactorio de participación de los vecinos afectados en las normas reguladoras de las Ordenanzas Fiscales. No se rebasa al parecer el límite del interés directo del administrado (y esto en casos realmente equivalentes al que ya reconocía la vetusta ley del Régimen Local).

En conclusión, es una norma de adaptación indispensable de los aspectos más llamativamente obsoletos o anticonstitucionales de la normativa anterior a la Constitución.

E) DERECHO PROCESAL I

ULTIMAS MODIFICACIONES LEGISLATIVAS EN MATERIA DE ORGANIZACION JUDICIAL (*)

Por JOSE TOME PAULE
Prof. Adjunto de Derecho Procesal

SUMARIO: I. El Consejo General del Poder Judicial. 1. Concepto.—2. Funciones.—3. Composición.—4. Organos. II. Los Juzgados de Familia: 1. Creación.—2. Situación.—3. Funciones. III. Los Juzgados de Vigilancia de las Penas: 1. Creación.—2. Funciones.—3. Propuestas.—4. Actuación.—5. Situación provisional. IV. El Nuevo Estatuto del Ministerio Fiscal. 1. Regulación.—2. Concepto.—3. Categorías.—4. Deberes.—5. Derechos.—6. Responsabilidad.—7. Funciones del Ministerio Fiscal: A) Funciones generales, B) Funciones en el proceso penal, C) Funciones en el proceso civil; D) Funciones en el proceso constitucional, E) Funciones en el proceso contencioso-administrativo.

I. EL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL

1. El Artículo 122-2 de la Constitución establece que el órgano de gobierno del Poder Judicial será el Consejo General del Poder Judicial y ordena que una Ley Orgánica establecerá su estatuto y el régimen de incompatibilidades de sus miembros y sus funciones, en particular en materia de nombramientos, ascensos, inspección y régimen disciplinario.

Consecuente con el mandato constitucional la Ley 1/80, de 10 de enero, regula el Consejo General del Poder Judicial que puede definirse como un órgano colegiado, residente, en Madrid, que ejerce su competencia en

(*) La materia corresponde a los Temas II, 1) y III, 1) de "Derecho Procesal I".

todo el territorio nacional y cuya misión específica consiste en el gobierno del Poder Judicial (1).

Es un órgano colegiado ya que está integrado por el Presidente del Tribunal Supremo, que lo preside, y por veinte miembros nombrados por el Rey, por un período de cinco años (2).

2. El Consejo General del Poder Judicial tiene atribuidas funciones decisorias, funciones de iniciativa o informe, función de información y funciones reglamentarias.

a) Como funciones decisorias, el artículo 2 de la LOCGPJ le señala las siguientes:

1.^a Propuesta para el nombramiento de Presidente del Tribunal Supremo.

2.^a Propuesta para nombramiento de miembros del Tribunal Constitucional, cuando proceda (3).

3.^a Selección, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativa y régimen disciplinario de Jueces y Magistrados.

4.^a Nombramiento de Real Orden de los Jueces y presentación a Real Despacho, refrendado por el Ministro de Justicia, de los nombramientos de Presidentes y Magistrados.

5.^a Selección, provisión de destinos, ascensos, situaciones administrativas y régimen disciplinario de los Secretarios de Juzgados y Tribunales.

6.^a Sistema de selección, formación y perfeccionamiento incluido la aprobación de programa y nombramiento de Tribunales, del personal auxiliar y colaborador de la Administración de Justicia.

7.^a Nombramiento de Secretario General y miembros de los Gabinetes o Servicios dependientes del mismo; y

8.^a Nombramiento de Director de la Escuela Judicial.

b) Como facultades de iniciativa o propuesta o, en su caso, de informe, corresponde al Consejo General del Poder Judicial, de conformidad con el Artículo 3:

(1) El problema del autogobierno de la Magistratura ha preocupado a la doctrina científica. La VI Reunión de Profesores de Derecho Procesal se ocupó del tema. Puede verse Prieto-Castro: El autogobierno de la Magistratura. Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana número 2 de 1970. Torné García: Autogobierno de la Magistratura. Rev. Jurídica de Cataluña 1974.

(2) De estos veinte miembros, 12 son Vocales de procedencia judicial (tres Magistrados del Tribunal Supremo, seis Magistrados y tres Jueces) cuatro a propuesta del Congreso de los Diputados y cuatro a propuesta del Senado, elegidos estos últimos entre Abogados y otros juristas de reconocida competencia (Artículo 122-2 Constitución, 7 y ss. Ley 1/1980).

(3) Según el Artículo 159 de la Constitución el Tribunal Constitucional se compone de doce miembros nombrados por el Rey, dos de los cuales son a propuesta del Consejo General del Poder Judicial.

1.^a Determinación y modificación de cualesquiera demarcaciones judiciales sin perjuicio de las competencias de las Comunidades Autónomas en esta materia.

2.^a Fijación y modificación de la plantilla orgánica de Jueces, Magistrados y Secretarios.

3.^a Régimen retributivo de Jueces, Magistrados y Secretarios.

4.^a Régimen retributivo y plantilla del personal al servicio de la Administración de Justicia.

5.^a Proyectos de ley en materias procesales o que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales o al Estatuto Jurídico de los Jueces y Magistrados.

6.^a Proyectos de ley y disposiciones de carácter general en materia penitenciaria.

7.^a Disposiciones de cualquier rango que afecten al personal judicial o a la organización o mantenimiento de los servicios de justicia (4).

8.^a Aquellas otras que le atribuyan las leyes, y

9.^a Debe ser oído con carácter previo para el nombramiento de Fiscal General del Estado.

c) Como función de información, el Artículo 4 prescribe que el Consejo General del Poder Judicial remitirá a las Cortes Generales y al Gobierno una Memoria anual sobre el estado y las actividades de la Administración de Justicia.

d) Y, finalmente, el Artículo 5 establece que el Consejo podrá dictar Reglamentos sobre su organización y funcionamiento, así como sobre el régimen del personal y servicios y demás materias de su competencia, dentro del ámbito de esta ley.

3. Los doce miembros de procedencia judicial son elegidos por todos los Jueces y Magistrados que se encuentren en servicio activo, mediante voto personal, igual, directo y secreto; no pudiendo ser elegidos los que hubiesen sido miembros del Consejo saliente, quienes presten servicios en los órganos técnicos del Consejo o quienes formen parte de la Junta Electoral.

Los ocho miembros designados a propuesta del Congreso de los Diputados y del Senado son elegidos, en ambos casos, por mayoría de tres quintos de sus miembros.

(4) Corresponde al Gobierno, a través del Ministerio de Justicia, proveer a los Juzgados y Tribunales de los medios precisos para el desarrollo de su función con independencia y eficacia (Artículo 6 Ley 1981).

4. Los órganos del Consejo General del Poder Judicial, son el Presidente, el Pleno, la Comisión Permanente, la Sección Disciplinaria y la Sección de Calificación:

a) El Presidente ostenta la representación del Consejo; convoca y preside las sesiones del Pleno y de la Comisión Permanente, decidiendo los empates con voto de calidad; fija el orden del día en sus sesiones; somete cuantas propuestas considere oportunas en materia de la competencia del Pleno o de la Comisión Permanente; propone el nombramiento de ponencias para preparar la resolución o despacho de un asunto; autoriza con su firma los acuerdos del Pleno o Comisión Permanente; ejerce la superior dirección de la actividad de los órganos técnicos del Consejo, y ejerce las demás funciones que le atribuyan las leyes. (Artículo 29).

b) El Pleno, que quedará válidamente constituido cuando se hallaren presentes un mínimo de catorce de sus miembros, tiene como competencia: las propuestas de nombramientos del Presidente del Tribunal Supremo y miembros del Tribunal Constitucional; los nombramientos de Presidentes de Sala y Magistrados del Tribunal Supremo, y cualquiera otros que no deban producirse exclusivamente en razón del criterio de antigüedad; la propuesta de nombramiento de Presidentes de los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas; la audiencia para el nombramiento de Fiscal General del Estado; el acuerdo sobre separación y jubilación de Jueces, Magistrados y Secretarios; la elección y nombramiento de vocales componentes de la Comisión Permanente y de las Secciones del Consejo; aprobación de la memoria anual; aprobar el anteproyecto de presupuesto, y cualesquiera otras funciones que correspondan al Consejo y no se hallen expresamente atribuidas a otros órganos del mismo (Artículo 31).

c) La Comisión Permanente, presidida por el Presidente del Consejo e integrada por cuatro vocales del mismo; prepara las sesiones del Pleno; vela por la ejecución de sus acuerdos; decide los nombramientos de Jueces, Magistrados y Secretarios de carácter íntegramente reglado; acuerda la jubilación de los mismos, sobre su situación administrativa y sobre la concesión de licencias o permisos; autoriza los escalafones de Jueces, Magistrados y Secretarios y ejerce cuantas competencias le sean delegadas por el Pleno o atribuidas por la ley (Art. 35) (5).

d) La Sección Disciplinaria, presidida por el miembro de la Carrera Judicial de mayor categoría, está integrada por cinco vocales que cono-

(5) Estas funciones, en su mayoría se realizaron con anterioridad, por la Dirección General de Justicia dependiente del Ministerio de Justicia.

cen de todos los procedimientos disciplinarios contra Jueces, Magistrados y Secretarios no reservados al Pleno o a los órganos de gobierno de los Tribunales y Juzgados; decide sobre la cancelación de las anotaciones de las sanciones impuestas, y resuelve los recursos que se interpongan contra las sanciones disciplinarias impuestas por los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales (Art. 37) (6).

e) La Sección de Calificación, compuesta por cinco vocales y presidi-
da en la misma forma que la anterior, tiene como competencia informar
sobre los nombramientos de la competencia del Pleno (Art. 39) (7).

II. LOS JUZGADOS DE FAMILIA

1. El Real Decreto de 3 de julio de 1981 crea Juzgados de Familia en cumplimiento de la disposición final de la Ley de 13 de mayo de 1981 (8) y para absorber el cúmulo de litigios que previsiblemente han de surgir con la modificación del título IV del Libro I del Código Civil (9).

Pero si bien en el encabezamiento del Decreto referido se habla de Juzgados de Familia, lo que realmente hace el legislador es ampliar el número de Juzgados de Primera Instancia "en aquellas poblaciones en que estén separadas la jurisdicción civil de la penal" para conocer de las funciones encomendadas a los Juzgados de Familia así como de los demás asuntos que, en el ámbito del derecho de familia, les atribuyan las leyes.

2. Con esta finalidad se crean los siguientes Juzgados de Primera Instancia: cuatro en Madrid y Barcelona; dos en Sevilla, Bilbao, Valencia y Zaragoza, y uno en Córdoba, La Coruña, Granada, Málaga, Murcia, Palma de Mallorca, Las Palmas de Gran Canaria, Pamplona, San Sebastián y Valladolid. Juzgados que se designarán por el número que correlativamente les corresponda en los respectivos casos, y cuya organización, ré-

(6) La Inspección de Tribunales que actuaba como órgano delegado del Presidente del Tribunal Supremo, ha desaparecido, asumiendo sus funciones la referida Sección Disciplinaria.

(7) La bibliografía sobre el Consejo General del Poder Judicial es, desde el punto de vista orgánico, muy escasa. Puede verse: Martínez Ruiz, Luis Fernando: *La Ley orgánica del Consejo General del Poder Judicial y la independencia del juez*. Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana número 2/3 de 1980.—Sainz de Robles, Federico Carlos: *Poder Judicial e Independencia Judicial*, Revista Poder Judicial número 1 (diciembre de 1981).—Memoria de 1981 del Consejo General del Poder Judicial. (Boletín de Información del Consejo, Año I, número extraordinario, julio de 1981).

(8) Esta Ley modifica el Código Civil en materia de filiación, patria potestad y régimen económico del matrimonio.

(9) La Ley de 7 de julio de 1981 ("BOE" del 20) modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil (Tit. IV) y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

gimen, composición, competencia territorial y funcionamiento, así como el régimen del personal que los sirve, se regirán por las disposiciones vigentes en la actualidad para los existentes de su misma naturaleza en las poblaciones donde se crean.

3. Las funciones de estos Juzgados de Primera Instancia vienen determinadas en el párrafo 2 del artículo 1 del Real Decreto creador, al decir que “conocerán de forma exclusiva, por vía de reparto, de las actuaciones judiciales previstas en los títulos IV y VII del Libro I del Código Civil, así como en aquellas otras cuestiones, que en materia de Derecho de familia, les sean atribuidas por las Leyes”.

En consecuencia, pues, les corresponde conocer:

a) Por estar recogidos en el Título IV del Código Civil:

1.º Procesos para exigir el pago de los gastos hechos y de las obligaciones contraídas ante el incumplimiento de la promesa matrimonial (Artículo 42).

2.º Expedientes sobre dispensa de impedimento de parentesco o de edad (Artículo 48).

3.º Procedimiento para la fijación del domicilio conyugal en caso de discrepancia de los cónyuges (Artículo 70).

4.º Procedimiento para la declaración de nulidad del matrimonio, tanto en el caso de que haya de seguirse el juicio de mayor cuantía (Disposición Adicional 7.ª de la Ley de 1981) como en el caso de que haya de tramitarse el procedimiento de la Disposición Adicional 5.ª de la citada Ley. (Artículos 73-80).

5.º Procedimiento para la separación matrimonial (Artículos 81-84) tanto en el supuesto de que no haya acuerdo entre ambos cónyuges (Disposición Adicional 5.ª citada como cuando lo haya (Disposición Adicional 6.ª).

6.º Procedimiento de divorcio (Artículos 85-89) de mutuo acuerdo o cuando no lo haya.

7.º Procedimiento para la adopción de medidas provisionales anteriores a la iniciación del proceso de nulidad, separación o divorcio (Artículo 104).

8.º Procedimiento para la adopción de medidas provisionales (Artículo 103).

9.º Procedimiento para la concesión de la autorización judicial necesaria para los actos de disposición sobre la vivienda y los objetos de uso ordinario, cuando el uso corresponda al cónyuge no titular (Artículo 96).

10.º Procedimiento para la reducción o supresión de la pensión en caso de muerte del cónyuge deudor (Artículo 101).

11.º Procedimientos para la solicitud de eficacia civil de las resoluciones de los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado (Artículo 90 del Código Civil y Disposición Adicional 2.ª Ley de 1981).

12.º Procedimientos para la ejecución de las sentencias de separación o divorcio dictadas por Tribunales extranjeros, una vez concedido el exequatur (Artículo 107-2) (10).

b) Por estar recogidos en el título VII del Código Civil:

1.º Procedimientos para la atribución de la facultad de decidir al padre o a la madre, en caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad (Artículo 156-2).

2.º Procedimiento para la atribución de la patria potestad en el caso de que los padres vivan separados (Artículo 156-5).

3.º Procedimiento para la adopción de medidas cautelares para asegurar la prestación de alimentos al hijo, para evitarles perturbaciones dañosas en los casos de cambio del titular de la potestad de guarda, o para apartarlos de un peligro o evitarles perjuicios (Artículo 158).

4.º Procedimientos para la determinación del cónyuge a cuyo cuidado han de quedar los hijos, en el caso de que los padres vivan separados (Artículo 159).

5.º Procedimientos para la determinación y fijación de la forma de relacionarse los menores con sus padres, parientes y allegados cuando exista oposición (Artículo 161).

6.º Procedimiento para la designación de Defensor del menor (Artículo 163).

7.º Procedimiento para la obtención de la autorización judicial necesaria para la renuncia de los derechos de los hijos menores o para gravar o enajenar sus bienes inmuebles, establecimientos mercantiles o industriales, objetos preciosos y valores mobiliarios (Artículo 166).

8.º Procedimientos para la adopción de medidas necesarias para la seguridad y recaudo de los bienes del menor cuando la administración de los padres ponga en peligro el patrimonio del hijo (Artículo 167).

(10) Además de estas atribuciones especificadas en el nuevo Título IV del Código Civil competen a estos Juzgados por aplicación de las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil las actuaciones incidentales de tales procesos (designación de Abogado y/o Procurador por los turnos de oficio; pobreza; cuestiones de competencia; recusación; tasaciones de costas y sus impugnaciones...) o las que procedan de los mismos (cumplimientos de despachos de auxilio judicial, así como la ejecución de las sentencias y demás resoluciones que se dicten).

9.º Procedimientos para exigir la rendición de cuentas a los padres, al término de la patria potestad (Artículo 168).

10.º Procedimientos para la privación total o parcial de la patria potestad (salvo que se imponga en causa criminal).

11.º Expedientes sobre aprobación judicial de la adopción (Artículo 173), y

12.º Procedimientos para la declaración de extinción de la adopción (Artículo 177) (11 y 12).

III. LOS JUZGADOS DE VIGILANCIA DE LAS PENAS

1. La Ley Orgánica 1/1979 de 26 de septiembre, General Penitenciaria ("BOE" de 5 de octubre) dedica su Título V al Juez de Vigilancia que, "tendrá atribuciones para hacer cumplir la pena impuesta, resolver los recursos referentes a las modificaciones que pueda experimentar con arreglo a lo prescrito en leyes y reglamentos, salvaguardar los derechos de los internos y corregir los abusos y desviaciones que en el cumplimiento de los preceptos del régimen penitenciario puedan producirse" (Artículo 76, 1).

2. Corresponde especialmente al Juez de Vigilancia; según el Artículo 76, 2:

a) Adoptar todas las decisiones necesarias para que los pronunciamientos de las resoluciones en orden a las penas privativas de libertad se lleven a cabo, asumiendo las funciones que corresponderían a los Jueces y Tribunales sentenciadores (13).

b) Resolver sobre las propuestas de libertad condicional de los penados y acordar las revocaciones que procedan (14).

(11) Los artículos 173 y 177 del Código Civil están incluidos dentro del Cap. V del Tit. VII del Código Civil, título que no ha sido modificado por la Ley de 13 de abril de 1981.

(12) Sobre esta materia puede consultarse, Castán Vázquez: "Los Juzgados de Familia". Boletín de Información del Ministerio de Justicia, Madrid 1981; Martín Rico, Africa: "En torno a la competencia de los Juzgados de Primera Instancia para conocer los procesos matrimoniales en trámite, al tiempo de creación de los Juzgados de Familia", y Palombi, Elena: "Consideraciones generales sobre la Familia, derecho regulador de la misma y materias que son competencia de los Juzgados de Familia", ambos en la Revista Procuradores, diciembre de 1981.

(13) Supone esto una importante modificación de los artículos 983 y 985 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que, siguiendo la regla imperante en nuestro derecho, atribuye la ejecución de la sentencia al Juzgado o Tribunal que la dictó en primera instancia. Pero la modificación únicamente afecta a las penas privativas de libertad, no a cualquier otro aspecto de la sentencia.

(14) Véase artículo 98 del Código Penal. El procedimiento para la concesión de la libertad condicional viene determinado en los artículos 58 al 66 del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto de 8 mayo de 1981 que legitiman para su iniciación a la Junta de Régimen y Ad-

c) Aprobar las propuestas que formulen los establecimientos sobre beneficios penitenciarios que puedan suponer acortamiento de la condena (15).

d) Aprobar las sanciones de aislamiento en celda de duración superior a catorce días.

e) Resolver por vía de recurso las reclamaciones que formulen los internos sobre sanciones disciplinarias.

f) Resolver en base a los estudios de los Equipos de Observación y de Tratamiento, y en su caso de la Central de Observación, los recursos referentes a clasificación inicial y a progresiones o regresiones de grado.

g) Acordar lo que proceda sobre las peticiones o quejas que los internos formulen en relación con el régimen y el tratamiento penitenciario en cuanto afecte a los derechos fundamentales o a los derechos y beneficios penitenciarios de aquellos (16).

h) Realizar las visitas a los establecimientos penitenciarios que previene la Ley de Enjuiciamiento Criminal (Vid. Artículo 526 de la misma).

i) Autorizar los permisos de salida cuya duración sea superior a dos días, excepto de los clasificados en tercer grado, (17) y

j) Conocer del paso a los establecimientos de régimen cerrado de los reclusos a propuesta del Director del establecimiento.

3. Los Jueces de Vigilancia podrán dirigirse a la Dirección General de Instituciones Penitenciarias formulando propuestas referentes a la organización y desarrollo de los servicios de vigilancia, a la ordenación de la convivencia interior en los establecimientos, a la organización y actividades de los talleres, escuela, asistencia médica y religiosa, y en general a las

ministración, preven la audiencia del penado, el informe del organismo provincial o local de Asistencia social y la resolución del Juez de Vigilancia que, en el caso de que el penado cometiese un nuevo delito u observase mala conducta, podrá revocar la libertad condicional concedida.

(15) El artículo 256 del Reglamento autoriza al Juez de Vigilancia a la concesión de hasta cuatro meses de adelantamiento del periodo o grado de libertad condicional por cada año de cumplimiento de prisión efectiva, para los penados en quienes concurran los requisitos de buena conducta, desempeño de una actividad laboral y participación en las actividades de reeducación y reinserción social organizadas por el Establecimiento. El artículo 257 le faculta para la tramitación de un indulto particular si las circunstancias indicadas concurren en un penado de un modo continuado durante un tiempo mínimo de unos años.

(16) Véase el Título Preliminar de la Ley General Penitenciaria y los artículos 3 y ss. del Reglamento.

(17) El Reglamento exige la autorización del Juez de Vigilancia cuando una Autoridad Judicial interese el traslado de un penado que no esté a su disposición, para la práctica de diligencias (Art. 78); del Juez de Vigilancia o del Tribunal sentenciador para la salida de Centros hospitalarios no penitenciarios para consultas o ingresos Art. 79) y para los permisos de salidas en casos extraordinarios (Art. 254).

actividades regimentales, económico-administrativas y de tratamiento penitenciario en sentido estricto.

4. Por lo que respecta a su actuación, el Juez de Vigilancia se atenderá a los artículos 526, 985, 987 y 990 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. (D. T. 1.^a de la Ley Penitenciaria).

5. Hasta tanto se promulgue la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Consejo General del Poder Judicial por Acuerdo de 9 de julio de 1981 ha acordado que se atribuya la condición de Juez de Vigilancia, a los Jueces y titulares de determinados Juzgados de Peligrosidad y Rehabilitación social y, en algunos casos, a los titulares de Juzgados de Primera Instancia e Instrucción (18 y 19).

IV. EL NUEVO ESTATUTO ORGANICO DEL MINISTERIO FISCAL

1. La Ley de 30 de diciembre de 1981 ("BOE" de 13 de enero siguiente) regula el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y deroga el de 21 de junio de 1926 hasta ahora vigente (20). Los aspectos más interesantes de la nueva regulación que más directamente afectan a los alumnos de Derecho Procesal van a ser objeto de un sintético estudio.

2. El Ministerio Fiscal es una institución jurídica, integrada con autonomía funcional en el Poder Judicial, y compuesta por un conjunto de funcionarios públicos que actúan conforme a los principios de unidad de actuación, dependencia jerárquica, legalidad e imparcialidad y que tienen como misión "promover la acción de la justicia en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la ley,

(18) Juez de Peligrosidad de Valencia (para los Establecimientos sitos en las provincias de su territorio), Las Palmas de Gran Canaria (id), Palma de Mallorca (id), número 1 de Barcelona (id), La Coruña (provincias de Galicia y Asturias), números 1 y 2 de Madrid (provincias de Vizcaya, Alava, Guipúzcoa y Santander), Zaragoza (provincias de Zaragoza, Huesca, Teruel, Navarra y Soria), Valladolid (provincias de Burgos, Palencia, Zamora, Logroño, Valladolid y Salamanca) y Sevilla (para las provincias de Sevilla, Huelva y Córdoba y para el establecimiento penitenciario de Algeciras). Juez de Primera Instancia e Instrucción número 2 de Albacete (provincias de la Audiencia Territorial de Albacete); número 3 de Badajoz (provincias de Cáceres y Badajoz), de San Fernando (provincia de Cádiz —menos Algeciras—), Ceuta (para los establecimientos de la localidad), y Ocaña (para los establecimientos de la provincia de Toledo).

(19) Sobre este nuevo órgano jurisdiccional escribe Gimeno Gómez: Los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria. Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana número 1 de 1982 (en prensa). También puede consultarse: Jueces de Vigilancia (Comunicación de la Presidencia del Tribunal Supremo). Rev. Poder Judicial número 1, diciembre 1981.

(20) Completa esta legislación el Reglamento Orgánico del Ministerio Fiscal, aprobado por Decreto de 27 de febrero de 1969 que seguirá aplicándose, en tanto no se dicte un nuevo Reglamento, o en las cuestiones que no se opongan al nuevo Estatuto (Disp. Fin. 2).

de oficio o a petición de los interesados, así como velar por la independencia de los Tribunales, y procurar ante éstos el interés social” (Artículo 1) (21).

a) Está integrado por un conjunto de funcionarios públicos (con carácter de autoridad a todos los efectos, Artículo 23), que forman parte de la llamada Carrera Fiscal, en la que se ingresa por oposición entre Licenciados en Derecho, españoles, mayores de 18 años y que no se hallen comprendidos en ninguna de las incapacidades previstas en la ley (22).

b) Son órganos del Ministerio Fiscal.

1.º El Fiscal General del Estado, nombrado por el Rey a propuesta del Gobierno y previa audiencia del Consejo General del Poder Judicial (Artículo 124-4 de la Constitución y 29-1), que ostenta la Jefatura superior y la representación del Ministerio Fiscal en todo el territorio nacional (Artículo 22-2).

2.º El Consejo Fiscal que tiene como misiones elaborar los criterios generales en orden a asegurar la unidad de actuación en lo referente a la estructuración y funcionamiento de los órganos del Ministerio Fiscal; asesorar al Fiscal General del Estado; ser oído para el nombramiento de los diversos cargos fiscales; elaborar los informes para ascensos de sus miembros; conocer los recursos contra resoluciones dictadas en expedientes sancionadores de los Fiscales; instar las reformas convenientes al servicio y ejercicio de la función fiscal, y las demás atribuciones que le confieran las leyes. (Artículo 14-1)

3.º La Inspección Fiscal que, según el Artículo 15, ejerce con carácter permanente su función inspectora por delegación del Fiscal General del Estado; y

4.º Las Fiscalías del Tribunal Supremo, la del Tribunal Constitucional, la de la Audiencia Nacional y las de las Audiencias Territoriales y Provinciales, dirigidas las dos primeras por el Fiscal General del Estado y las restantes por el respectivo Fiscal Jefe, a las que compete organizar los servicios y la distribución del trabajo, conceder permisos, ejercer la facultad disciplinaria que le corresponde, hacer las propuestas de recompensas, méritos o menciones honoríficas y las demás facultades que se le concedan en las leyes (Artículo 18-1) (23).

(21) Todos los preceptos a los que no se les señale otra pertenencia corresponden al nuevo Estatuto.

(22) Según el artículo 44 están incapacitados para el ejercicio de funciones fiscales: Uno) Los que no tengan la necesaria aptitud física o intelectual. Dos) Los que hayan sido condenados por delito doloso, mientras no hayan obtenido rehabilitación. Tres) Los quebrados y concursados no rehabilitados.

c) Este conjunto de funcionarios ejercen sus funciones conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica. Según estos principios el Ministerio Fiscal es único en todo el Estado (Artículo 22-1) y sus miembros actuarán siempre en representación de la institución y por delegación de su jefe respectivo (Artículo (23). Para mantener la unidad de criterio cada Fiscalía celebra periódicamente juntas de todos sus componentes (Artículo 24) y el Fiscal General del Estado podrá impartir a sus subordinados las ordenes e instrucciones convenientes al servicio y al ejercicio de las funciones, tanto de carácter general como referidas a asuntos específicos (Artículo 25), correspondiendo análogas funciones a los Fiscales Jefes respecto de los funcionarios que les están subordinados (Artículo 26).

d) El principio de legalidad exige que el Fiscal actúe con sujeción a la Constitución, a las leyes y demás normas que integren el ordenamiento jurídico vigente, dictaminando, informando y ejercitando, en su caso, las acciones procedentes u oponiéndose a las indebidamente actuadas en la medida y forma en que las leyes lo establezcan (Artículo 6).

e) Po el principio de imparcialidad el Ministerio Fiscal actuará con plena objetividad e independencia en defensa de los intereses que le estén encomendados (artículo 7). Los miembros del Ministerio Fiscal no pueden ser recusados, si bien se abstendrán de intervenir en los pleitos y causas cuando les afecten algunas de las causas de abstención de Jueces y Magistrados (Artículo 28— y si no lo hicieren las partes podrán acudir al superior jerárquico del Fiscal de que se trate (id.).

3. Los miembros de la Carrera Fiscal están equiparados en honores, categorías y retribuciones a los de la Carrera Judicial. Sus categorías son: 1.^a Fiscales de Sala del Tribunal Supremo (24); 2.^a Fiscales equiparados a Magistrados (25), y 3.^a Abogados Fiscales, subdivididos a su vez en dos categorías; fiscales de ascenso y fiscales de ingreso (26). (Artículo 34).

(23) Existe también una Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado que realiza los trabajos preparatorios que se le encomienden y los estudios, investigaciones e informes que le encargue el Fiscal General del Estado (Art. 16).

(24) Será preciso pertenecer a esta categoría para servir los destinos de Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, Fiscal Jefe de Sala del Tribunal Supremo, Fiscal Jefe de la Fiscalía del Tribunal Constitucional, Fiscales Jefes de la Audiencia Nacional y del Tribunal de Cuentas, Fiscal Inspector y Fiscal Jefe de la Secretaría Técnica (Art. 35-1).

(25) Se exige esta categoría para servir los restantes cargos en las Fiscalías del Tribunal Supremo, ante el Tribunal Constitucional, Audiencia Nacional, Tribunal de Cuentas, Inspección Fiscal, Secretaría Técnica, Tenientes Fiscales de Audiencias Territoriales y Fiscales Jefes de Audiencias Provinciales (Art. 35-3).

(26) La categoría de ingreso se integra por los Fiscales de Juzgados de Distrito que hasta ahora formaban un cuerpo independiente.

4. Los deberes de los miembros del Ministerio Fiscal son:

1.º Desempeñar fielmente el cargo que sirvan, con prontitud y eficacia en el cumplimiento de las funciones del mismo. (Artículo 48).

2.º Residir en la población donde tengan su destino oficial. (Artículo 49-1).

3.º Asistir durante el tiempo necesario a su despacho y a los Tribunales en que deban actuar (Artículo 49-2).

4.º Guardar el debido secreto de los asuntos reservados de que conozcan por razón de su cargo (Artículo 50).

5. Los derechos de los miembros del Ministerio Fiscal son: el derecho al cargo y a la promoción en la carrera (Artículo 51), a los honores que reglamentariamente se establezcan, a los permisos y licencias reglamentarias, a una retribución análoga a la carrera judicial, a la seguridad social y a poder agruparse en Asociaciones profesionales (Artículos 51 a 54).

6. Los funcionarios del Ministerio Fiscal están sujetos, en su actuación, a responsabilidad civil, penal y gubernativa en forma análoga a los de la Carrera judicial, cuyas normas son de aplicación supletoria (Disposición Adicional Ley 1981).

7. Las funciones del Ministerio Fiscal pueden ser clasificadas en:

A) Funciones generales, es decir, relativas a cualquier tipo de procesos que son:

1.ª Velar para que la función jurisdiccional se ejerza eficazmente conforme a las leyes y en los plazos y términos en ella señalados, ejercitando, en su caso, las acciones, recursos y actuaciones pertinentes. (Artículo 3,1).

Para ello puede interesar la notificación de cualquier resolución judicial y la información sobre el estado de los procedimientos, promover las correcciones oportunas y pedir información de los hechos que hubieren dado lugar a un procedimiento (Artículo 4,1).

2.ª Ejercer cuantas funciones le atribuya la Ley en defensa de la independencia de los Jueces y Tribunales (Artículo 3,2).

3.ª Velar por el respeto de las instituciones constitucionales y de los derechos fundamentales y libertades públicas con cuantas actuaciones exija su defensa (Artículo 3,3) (27).

4.ª Asumir, o en su caso, promover, la representación y defensa en

(27) En la Ley de Protección Jurisdiccional de los Derechos Fundamentales de la persona de 26 de diciembre de 1978 se prescribe la intervención forzosa del Ministerio Fiscal en los procesos contenciosos y en los civiles que se tramiten al amparo de la misma.

juicio y fuera de él, de quienes por carecer de capacidad de obrar o de representación legal, no puedan actuar por sí mismo (Artículo 3,6) (28).

5.^a Mantener la integridad de la jurisdicción y competencia de los Jueces y Tribunales promoviendo los conflictos de jurisdicción y, en su caso, las cuestiones de competencia que resulten procedentes e intervenir en las promovidas por otros (Artículo 3,8).

6.^a Velar por el cumplimiento de las resoluciones judiciales que afecten al interés público y social (Artículo 3,9).

7.^a Promover, o, en su caso, prestar el auxilio judicial internacional previsto en las leyes, tratados y convenios internacionales (Artículo 3,14); y

8.^a Ejercer las demás funciones que el ordenamiento jurídico les atribuya (Artículo 3,15).

B) Las funciones específicas del proceso penal son las más trascendentales de este Ministerio. El Estatuto recoge las siguientes:

1.^a Recibir denuncias, enviándolas a la autoridad judicial o decretando su archivo cuando no encuentre fundamentos para ejercitar acción alguna, notificando en este último caso la decisión al denunciante (Artículo 5,1).

2.^a Llevar a cabo u ordenar para el esclarecimiento de los hechos denunciados o que aparezcan en los atestados de que conozca, aquellas diligencias para las que esté legitimado según la LECrim., las cuales no podrán suponer adopción de medidas cautelares o limitativas de derechos. No obstante, el Fiscal podrá ordenar la detención preventiva (Artículo 5,2). Estas actuaciones gozan de la presunción de autenticidad.

3.^a Ejercitar las acciones penales y civiles dimanantes de delitos y faltas u oponerse a las ejercitadas por otros, cuando proceda (Artículo 3,3).

4.^a Intervenir en el proceso penal, instando de la autoridad judicial la adopción de las medidas cautelares que procedan y la práctica de las diligencias encaminadas al esclarecimiento de los hechos, pudiendo ordenar a la Policía Judicial aquellas otras que estime oportunas (Artículo 3,5).

C) Son funciones específicas del proceso civil:

1.^a Tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley (Artículo 3,6) (29).

(28) Aunque el precepto parece referirse al proceso civil no cabe duda que puede tener aplicación en cualquier tipo de proceso, razón por la cual lo incluimos en este lugar.

(29) El artículo 483 de la LEC considera como procesos de estado civil los de paternidad, filiación y demás que versen sobre el estado y condición de las personas. La doctrina incluye dentro de este grupo los procesos matrimoniales, pero la Ley de 7 de julio de 1981 solo exige la interven-

2.^a Promover la constitución de los organismos tutelares que las leyes civiles establezcan y formar parte de aquellos otros que tengan por objeto la protección y defensa de menores desvalidos (Artículo 3,7).

D) Son funciones específicas del proceso constitucional:

1.^a Interponer el recurso de amparo constitucional en los casos y formas previstos en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Artículo 3,10).

2.^a Intervenir en los procesos de que conoce el Tribunal Constitucional en defensa de la legalidad, en la forma que las leyes establezcan (Artículo 3,11), y

3.^a Intervenir en los procesos judiciales de amparo (Artículo 3,12).

E) Finalmente, es misión del Ministerio Fiscal, defender la Legalidad en los procesos contencioso-administrativos que prevén su intervención (Artículo 3,13) (30).

ción del Fiscal en los procesos de nulidad, separación o divorcio cuando algunos de los cónyuges o sus hijos, sean menores, ausentes o incapacitados. La intervención del Fiscal es casi general en los actos de jurisdicción voluntaria.

(30) Cfr. Alcalá-Zamora: Lo que debe ser el Ministerio Público. Estudios de Derecho Procesal. De Miguel: El Ministerio Fiscal. Magistratura de amparo. Rev. de Derecho Procesal 1954. Fairén: La situación actual del Ministerio Fiscal. Rev. Derecho Procesal 1970. Prieto Castro: El Ministerio Fiscal en Europa: Rev. de Derecho Procesal 1977. Martín Granizo: El Ministerio Fiscal en España, Madrid 1977. Serra Domínguez: El Ministerio Fiscal: Rev. de Derecho Procesal Iberoamericana 1979. Pérez Gordo: La función del Ministerio Público (Fiscal) en el proceso civil. Rev. Derecho Procesal Iberoamericana 1977 y en Estudios de Derecho Procesal. Jauralde: El Ministerio Fiscal. en Rev. Poder Judicial número 1 (diciembre 1981).

F) DERECHO PROCESAL II

LOS PROCESOS MATRIMONIALES EN EL NOVISIMO DERECHO ESPAÑOL (*)

Por JOSE TOME PAULE

Profesor Adjunto de Derecho Procesal

SUMARIO: I. Introducción.—II. Disposiciones comunes a los diversos tipos de procesos matrimoniales: A) Jurisdicción. B) Competencia funcional. C) Competencia territorial. D) Intervención del Ministerio Fiscal. E) Partes. F) Representación y defensa. G) Demanda. H) Especialidades probatorias. I) Sentencia. J) Ejecución. K) Terminación anormal del procedimiento. L) Otras particularidades.—III. Procedimientos matrimoniales principales: A) Juicio de mayor cuantía. B) Procedimiento especial matrimonial contencioso. C) Procedimiento especial matrimonial convencional.—IV. Procedimientos matrimoniales cautelares: A) Medidas provisionales. B) Medidas provisionales.—V. Procesos postmatrimoniales: A) La ejecución de sentencias canónicas. B) Modificación o sustitución de las medidas adoptadas.

I. INTRODUCCION

La Ley de 7 de julio de 1981 (“BOE” de 20 del mismo mes) modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio e introduce importantes innovaciones en nuestro sistema jurídico-procesal que, con finalidad puramente pedagógica, vamos a examinar seguidamente.

Desde un punto de vista amplio, la nueva Ley regula una pluralidad de procesos que pueden clasificarse en **procesos prematrimoniales** que son los que únicamente pueden iniciarse antes de la celebración del matrimonio (por ejemplo, incumplimiento de la promesa matrimonial al que se

(*) La materia corresponde al Tema VII, d) de “Derecho Procesal II”.

refiere el artículo 42 CC); **procesos matrimoniales propiamente dichos** que exigen para su iniciación la existencia de un matrimonio, y que a su vez pueden clasificarse en procesos principales (los de nulidad, separación y divorcio) y en procesos accesorios (medidas provisionales y medidas provisionales); y **procesos postmatrimoniales** que exigen para su viabilidad la previa declaración de nulidad o disolución de un matrimonio (ejecución de sentencias canónicas, modificación de convenios y de medidas judiciales).

Pero antes de entrar en el estudio de esta variabilidad procedimental conviene analizar las normas comunes que los regulan.

II. DISPOSICIONES COMUNES A LOS DIVERSOS TIPOS DE PROCESOS MATRIMONIALES

A) La jurisdicción para entender de los mismos corresponde a la civil ordinaria "cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio".

Pero esta regla general tiene una excepción: cuando se trata de la nulidad de un matrimonio canónico, o cuando se trata de una decisión pontificia de matrimonio canónico rato y no consumado, las resoluciones eclesiásticas pueden tener eficacia en el orden civil si se cumplen los requisitos y condiciones que señala nuestra moderna legislación (artículo 80 CC y D. Adicional 2.^a Ley de 1981) (Vid. supra IV, A).

La extensión de la jurisdicción civil, por lo demás, es absoluta, ya que según el artículo 5 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal las cuestiones referentes a la validez de un matrimonio tienen el carácter de cuestiones prejudiciales devolutivas absolutas, lo que quiere decir que si en un proceso penal se plantea una cuestión relativa a una nulidad matrimonial (1) el Tribunal penal ha de suspender el procedimiento, diferir el conocimiento de la cuestión del Tribunal civil competente y la decisión que éste adopte servirá de base a la sentencia penal.

Por otra parte, la extensión de la jurisdicción civil española, no impide la posibilidad de que se ejecuten en España las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros sobre separación y divorcio, siempre y cuando que su ejecución se solicite al amparo de las normas ordinarias de los artículos 951 y siguientes de la LEC (artículo 107-2 CC).

(1) El artículo 5 de la LECrim. únicamente lo consideramos aplicable a las cuestiones relativas a la nulidad matrimonial, no a las cuestiones de divorcio o separación ni a cualquier otro problema matrimonial.

B) La competencia funcional para el conocimiento de los procesos matrimoniales se atribuye a los Juzgados de 1.^a Instancia; pero conviene distinguir:

a) En las poblaciones donde a partir de 1 de septiembre de 1981 han comenzado a funcionar los llamados Juzgados de Familia (2) la competencia corresponde exclusivamente a estos Juzgados.

b) En las poblaciones donde está dividida la jurisdicción civil de la penal, la competencia corresponde al Juzgado de Primera Instancia que por turno corresponda.

c) En las restantes poblaciones, la competencia corresponde al respectivo Juzgado de 1.^a Instancia e Instrucción.

C) En relación con la competencia territorial, la nueva legislación declara nulos los pactos de sumisión (D. Ad. 3.^a Ley 1981) y atribuye la competencia preferente al Juzgado del lugar del domicilio conyugal; pero si los cónyuges residen en partidos diferentes entonces la competencia recae, a elección del demandante, en el Juzgado del lugar del último domicilio del matrimonio o en el de residencia del demandado. Y para el supuesto de que el demandado no tenga domicilio ni residencia fijos la competencia se atribuye al Juzgado del lugar en que se halle o en el de su última residencia, a elección del demandante.

D) La intervención del Ministerio Fiscal ha sido considerada como necesaria en este tipo de procesos. No obstante, la nueva Ley (que sigue en esto el criterio de la reciente legislación ahora derogada) restringe esta intervención ya que únicamente la considera preceptiva cuando alguno de los cónyuges o sus hijos sean menores, incapacitados o ausentes (DA 8 Ley 1981).

E) El proceso matrimonial es, en principio, un procedimiento entre dos partes previamente determinadas: los cónyuges. Pero esta regla, que tiene perfecta aplicación a los procesos de separación o divorcio, no es aplicable a los procesos de nulidad:

a) En los procesos de nulidad matrimonial legitimados activamente están "los cónyuges, el Ministerio Fiscal y cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en el asunto" (artículo 74 CC). Si los cónyuges no tuvieran capacidad procesal, la acción podrá ser ejercitada por los padres, tutores o guardadores y, en todo caso, por el Ministerio Fiscal (artículo 75 CC).

(2) Madrid, Barcelona, Bilbao, Sevilla, Valencia, Córdoba, La Coruña, Granada, Murcia, Palma de Mallorca, Las Palmas, San Sebastián y Valladolid.

b) En los procesos de separación o divorcio, la legitimación activa corresponde a cualquiera de los cónyuges; salvo en los procesos de separación o divorcio convencional que corresponde a ambos cónyuges o a uno de ellos con el consentimiento del otro.

c) La legitimación pasiva en los procesos de nulidad corresponde al otro cónyuge y a cualquier persona que pueda tener interés directo y legítimo en el asunto. En la separación y el divorcio corresponde al cónyuge incurso en causa legal de separación o divorcio.

d) El litisconsorcio es posible en los procesos de nulidad; en cambio en los de separación o divorcio solo procede el litisconsorcio pasivo necesario cuando tenga que intervenir preceptivamente el Ministerio Fiscal.

e) La sucesión procesal sólo es posible en los procesos de nulidad, o sea: si durante la tramitación del proceso fallece uno de los cónyuges, el procedimiento podrá ser continuado por los herederos del fallecido ajustándose a la mecánica del artículo 9 de la LEC. En cambio, la muerte de uno de los cónyuges, extingue la acción de separación o divorcio (artículo 86 CC) y el proceso no puede continuar.

F) En estos procesos es preceptiva la intervención de Abogado y Procurador; aunque en los procesos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, y en la modificación de los convenios o medidas judiciales en que exista tal acuerdo, las partes podrán valerse de una sola defensa y representación, es decir, ambos cónyuges pueden ser representados por un mismo Procurador y defendidos por un mismo Letrado.

G) El medio normal de iniciación de estos procesos es la demanda y así lo establece la Ley en relación con la nulidad (DA 7), la separación o el divorcio contencioso (DA 5) y la ejecución de sentencias canónicas (DA).

Para el proceso voluntario de separación o divorcio basta con una mera solicitud o petición, aunque en otras ocasiones la Ley hable también de demanda.

No se exige la conciliación y la demanda deberá redactarse conforme a las normas ordinarias.

Pero la admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio produce importantísimos efectos, y que, en virtud de tal admisión:

1.º Los cónyuges pueden vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal (artículo 102 CC).

2.º Quedan revocados los consentimientos y poderes que uno de los cónyuges hubiere otorgado al otro (artículo 102 CC), revocación de carácter definitivo (artículo 106 CC).

3.º Cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del cónyuge demandado al ejercicio de la potestad doméstica, salvo pacto en contrario (artículo 102 cit.).

4.º La demanda puede anotarse, a petición de cualquiera de las partes, en el Registro Civil, en el de la Propiedad y en el Mercantil. (Id).

5.º Se convalidan las medidas provisionales adoptadas (artículo 104 CC).

6.º Surge la posibilidad de adopción de medidas provisionales.

H) Además de las especialidades probatorias propias de los procesos de estado civil y condición de las personas (no admisibilidad de confesión con juramento decisorio, no aplicabilidad de normas de prueba legal... (3) existen en estos procesos las siguientes especialidades:

1.ª No rigen las inhabilitaciones previstas en el artículo 1.247 del CC (4).

2.ª Para la adopción de medidas judiciales relativas al cuidado y educación de los hijos, se prescribe que el Juez los oiga si tuvieren suficiente juicio y siempre a los mayores de doce años (artículo 92 CC).

3.ª Para la adopción de tales medidas, el Juez puede, de oficio o a instancia de los interesados, recabar el examen de especialistas (5).

4.ª El Juez puede acordar para mejor proveer la práctica de cualquier prueba, incluso la testifical; con lo cual se amplían las facultades que le concede el artículo 340 de la LEC.

I) El modo normal de terminación de estos procesos es la sentencia cuya característica fundamental es su efecto constitutivo, pues la sentencia es el único medio jurídico de extinción de la situación matrimonial. Es decir, sin la sentencia no puede considerarse extinguido el matrimonio, cualquiera que sea la situación de hecho en que se encuentren los cónyuges (6).

(3) Puede consultarse sobre esta materia Prieto Castro: "Cosa juzgada y sentencias constitutivas" en Estudios para la teoría y práctica procesal. Tomo I).

(4) Este precepto considera inhábiles para declarar como testigos a los que tengan interés directo, a los próximos parientes y a los que tengan obligación de guardar secreto. En relación con este extremo, el texto legal no es afortunado.

(5) Esto no supone ninguna innovación pues en cualquier proceso el Juez goza de esta facultad. Pero el precepto es plausible en cuanto se refiere a la posibilidad de dictámenes de educadores, psicólogos o psiquiatras; dictámenes que constituyen prueba pericial y, por tanto, sometidos a la libre valoración judicial.

(6) Este medio jurídico de extinción coexiste con otros medios como el natural (la muerte) o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges (artículo 85 CC).

Pero la sentencia es el título que ha de fijar y señalar las medidas que han de regular la vivencia de la familia, tan gravemente afectada por la disolución o separación. Por ello la sentencia ha de determinar las normas que han de regir en relación con los hijos, con el uso de la vivienda familiar, con las cargas derivadas del matrimonio, con la liquidación de los bienes comunes y con las cautelas o garantías necesarias para el cumplimiento estricto y puntual de lo acordado.

Pero esta determinación puede hacerse de dos formas: mediante la aprobación judicial de los convenios o acuerdos adoptados por los cónyuges, o mediante la adopción judicial de las necesarias medidas en defecto de tales acuerdos o por la no aprobación de los mismos.

a) Una de las innovaciones fundamentales de la moderna legislación es el deseo de que estas medidas sean siempre adoptadas por acuerdo de los cónyuges; y ello no sólo en los procesos convencionales, donde la presentación del convenio regulador es preceptiva (artículo 90 CC), sino en todos los procedimientos.

b) Pero en los supuestos en que el convenio no se presente, o en los que el Juez no apruebe el presentado por considerarlo dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges; es a la autoridad judicial a la que incumbe la adopción de tales medidas.

Pero, en una u otra forma, la sentencia es el título básico de esa regulación (7).

c) La sentencia, pues, produce efectos trascendentales en el orden jurídico-material ya que es el título que tiene que regular la vivencia de la familia después de la nulidad, la separación o el divorcio en relación con esos aspectos. No es obstáculo a ello el que algunas medidas puedan adoptarse o modificarse con posterioridad a la misma.

a') En relación con los hijos, la nulidad, la separación o el divorcio no exime a los padres de sus obligaciones respecto a ellos (artículo 92 CC; artículo 39-3 de la Constitución). Si no hay acuerdo de los cónyuges en orden a la determinación de la persona a cuyo cuidado han de quedar los sometidos a la patria potestad de ambos, al ejercicio de ésta y al régimen de visitas, comunicación y estancia con el progenitor; es el Juez el que debe determinar las medidas sobre el cuidado y educación de los hijos, sobre la patria potestad, respecto a las contribuciones de cada progenitor para satisfacer sus alimentos y respecto al régimen de visitas (artículos 92, 93 y 94 CC).

(7) En el proceso convencional de separación o divorcio alguna de las medidas pueden ser adoptadas por auto complementario posterior a la sentencia (Vid. supra III, C).

b') En relación con el uso de la vivienda familiar también se respetan los acuerdos de los cónyuges; pero, en su defecto, el Juez habrá de acordar:

a'') Si hay hijos y todos quedan en poder de uno de los cónyuges, el uso de la vivienda y el de los objetos de uso ordinario, corresponderá a los hijos y, en consecuencia, al cónyuge en cuya compañía vivan. Si alguno de los hijos quedan en poder de un cónyuge, y el resto en poder del otro, el Juez decidirá lo más procedente.

b'') Si no hay hijos, la vivienda y el ajuar se conceden al cónyuge titular (propietario, arrendatario, habitacionista), salvo que el Juez atendidas las circunstancias y por considerar que su interés es el más necesitado de protección acuerde concederlos al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente fije.

c') La sentencia matrimonial posibilita la disolución de los bienes comunes. También en este caso la Ley admite el acuerdo de los cónyuges (artículo 90 CC). Si este acuerdo no se logra, habrá de acudir al correspondiente procedimiento de división y liquidación (8).

En el proceso de nulidad, si uno de los cónyuges ha sido declarado de mala fe, el de buena fe puede optar entre la liquidación de la sociedad de gananciales, conforme a las normas indicadas, o bien pedir el régimen de participación regulado en los artículos 1.411 al 1.434 del CC (modif. por Ley 13 de abril de 1981), aunque el cónyuge de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias, pero si conservar los restantes derechos que tal régimen le concede.

d') En relación con los alimentos, la Ley distingue entre la pensión y la indemnización.

a'') La pensión es la ayuda económica que un cónyuge ha de prestar al otro en los casos de separación o divorcio. Tiene derecho a ella el cónyuge que sufra un desequilibrio económico en relación con la posición del otro y que implique un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio. Aquí también se permiten los acuerdos; pero si no se logran el Juez fijará el importe de la pensión, las bases de su actualización y las garantías para su efectividad (9).

Esta pensión, puede ser sustituida por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en

(8) Este proceso se ajustará a las normas de la división de herencias (artículos 1.393 y siguientes del CC, redactados por Ley de 13 de abril de 1981) y a las normas de la LEC.

(9) El artículo 97 del CC recoge, muy prolijamente, las circunstancias que el Juez debe tener en cuenta para la fijación de la pensión.

bienes o dinero (artículo 99 CC), puede ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge, y se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona (artículo 101 CC), por muerte del mismo; en cambio, la muerte del obligado a su pago no extingue la obligación, pero sus herederos podrán solicitar su reducción o supresión si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima (artículo 101-2).

b”) La indemnización es la compensación económica que puede concederse al cónyuge de buena fe en los procesos de nulidad matrimonial; pero para que la misma pueda fijarse es preciso que la nulidad haya producido al cónyuge de buena fe un desequilibrio económico, que haya habido convivencia conyugal y que el Juez la fije teniendo en cuenta las circunstancias reseñadas en el artículo 97 del CC.

J) La ejecución de las sentencias firmes dictadas en los procesos matrimoniales presenta dos aspectos diferenciados: la ejecución de la sentencia en sí, y la ejecución de las medidas aprobadas o adoptadas en la misma.

a) En relación con la ejecución de la sentencia, ésta se limita a su inscripción en el Registro Civil (inscripción que ha de efectuarse de oficio tanto en el que conste el matrimonio como en los que consten los nacimientos de los hijos (10)) y, en su caso, en los Registros de la Propiedad y Mercantil.

b) Sin embargo, la ejecución de las medidas aprobadas o adoptadas por la sentencia, presentan serias dificultades que no han sido previstas por el legislador, que sólo se limita a decir que “podrán hacerse efectivas por la vía de apremio”, expresión que, si bien es acertada respecto a los acuerdos de contenido económico, es errónea e insuficiente en relación con cualquier otro tipo de medidas.

K) El desistimiento y la caducidad producen en estos procesos sus efectos característicos. El allanamiento y la transacción no son admisibles por regla general, aunque en el proceso contencioso de separación o divorcio si se logra el mutuo acuerdo, el proceso se convierte en el voluntario, mutuo acuerdo que puede lograrse tanto por el allanamiento como por la transacción por lo que éstos actos procesales, si bien en los proce-

(10) Esta exigencia de inscripción de oficio en el lugar donde consten los nacimientos de los hijos, nos parece totalmente contraproducente e innecesaria.

Los matrimonios no producen sus efectos característicos, producen o pueden producir el efecto importantísimo de conversión del proceso contencioso en voluntario. La terminación del proceso por sometimiento a la decisión de árbitros es totalmente inadmisibles en esta materia.

La reconciliación es una causa típica de terminación de este tipo de procesos y supone el deseo expreso de los cónyuges de reanudar su vida conyugal.

L) Otras particularidades genéricas de estos procesos lo constituyen: 1) el que las peticiones se sustancian en pieza separada y que nunca suspenden el proceso principal; 2) el que las actuaciones, diligencias y audiencias judiciales no tendrán el carácter de públicos; 3) el que las Tasas Judiciales se reducen en un 50 por 100, y 4) el que las sentencias que se dicten producen efectos respecto a terceros aunque no hubiesen litigado (artículo 1.252 CC), si bien, no perjudican a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil (artículo 89 CC).

III. PROCEDIMIENTOS MATRIMONIALES PRINCIPALES

Los procedimientos matrimoniales principales, nombre que damos a aquellos que tienen sustantividad propia sin subordinación a ningún otro, son tres: el juicio de mayor cuantía; el procedimiento incidental, y el proceso especial de disolución matrimonial cuando exista mutuo acuerdo entre ambos cónyuges.

A) Según la D.A. 7.^a de la Ley de 1981 se aplica el **juicio declarativo** que corresponda, que no puede ser otro que el de mayor cuantía en virtud de lo dispuesto en el artículo 483 de la LEC, “para las demandas de nulidad por causas distintas a las previstas en la D.A. 5.^a”.

La nueva Ley señala causas de nulidad matrimonial y, por tanto, procesos de nulidad; pero para su solución se fijan dos vías: la incidental si se trata de las causas de los números 2 y 3 del artículo 73 del CC, y el juicio de mayor cuantía si se trata de las causas 1, 4 y 5 del mismo precepto.

El juicio de mayor cuantía, por tanto, ha de seguirse:

1.º Cuando el matrimonio haya sido celebrado sin consentimiento matrimonial (número 1 artículo 73, en relación con el 45 del CC) precepto aplicable 1) a los supuestos de matrimonios contraidos por locos, dementes o sordomudos que no sepan escribir, pues según el artículo 1.263

del CC no pueden prestarlo (11); y 2) al matrimonio contraído por dolo grave (12), que origina la nulidad del consentimiento.

2.º Cuando el matrimonio ha sido celebrado con “error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento” (artículo 73 número 4); y

3.º Cuando el matrimonio ha sido contraído por coacción o miedo grave (número 5 artículo 73 CC) (13).

B) El proceso incidental de los artículos 740 y siguientes de la LEC, con algunas variaciones introducidas por la Ley de 1981, es aplicable a la tramitación de gran número de cuestiones matrimoniales por lo que origina el que podemos llamar **procedimiento especial matrimonial contencioso**.

a) Estas variaciones afectan:

a') al plazo para comparecer el demandado y contestar a la demanda, que se amplía hasta veinte días;

b') a la admisibilidad de la reconvención limitada al objeto del proceso. En caso de que el demandado la formule, el actor cuenta con un plazo de diez para contestarla;

c') el plazo probatorio se alarga a treinta días, comunes para proponer y practicar; y

d') Contra la sentencia que el Juez dicte cabe recurso de apelación ante la Audiencia Territorial. Contra la que ésta dicte no cabe recurso alguno, (14); y

e') Si en cualquier momento del proceso se logra el mutuo acuerdo de las partes, el procedimiento puede continuarse por las normas del proceso voluntario de separación o divorcio (DA 5, ap. k).

(11) El artículo 56-2 del CC exige dictamen médico sobre su aptitud si alguno de los contrayentes estuviere afectado por “deficiencias o anomalías psíquicas”. Pero como puede ocurrir que este dictamen no se exija, o el que se haga no resulte ajustado a la verdad o sea falsificado el que se presente, en todos estos supuestos la nulidad habría de pedirse al amparo de estas normas.

(12) Por dolo hay que entender las palabras o maquinaciones insidiosas que inducen a uno de los contrayentes a contraer un matrimonio que sin ellas no hubieran celebrado (artículo 1.269 CC), exigiéndose que sea grave y que no haya sido empleado por los dos contrayentes (artículo 1.270).

(13) Para la determinación de estos conceptos debe acudir a los artículos 1.267 y 1.269 del CC.

(14) En cambio, se admite la posibilidad de que el Ministerio Fiscal interponga contra la sentencia de la Audiencia el recurso de casación especial en interés de la Ley.

b) El objeto de este proceso viene determinado en la DA 5 de la Ley de 1981, según la cual ha de seguirse en los siguientes supuestos:

1.º Para las demandas de nulidad por causas comprendidas en los números dos y tres del artículo 73 del CC, que son:

Primera: la minoría de edad (15).

Segunda: matrimonios contraidos por los que estén ligados con otro vínculo matrimonial.

Tercera: matrimonios contraidos entre parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.

Cuarta: matrimonios celebrados entre colaterales por consanguinidad hasta tercer grado (16).

Quinta: matrimonios contraidos entre sí por los condenados por la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos ya en concepto de autores o cómplices (17).

Sexta: matrimonios contraidos sin la intervención del Juez o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos (18).

2.º Este procedimiento se utiliza para la tramitación de las demandas de separación cuando no haya mutuo acuerdo entre los cónyuges.

Por separación ha de entenderse la suspensión de la vida común de los casados, sin ruptura del vínculo matrimonial. Para que pueda iniciarse este proceso es preciso que se alegue una de las causas de separación que recoge el artículo 82 del CC (19).

(15) Las mayores de catorce años pueden contraer matrimonio válido siempre que obtengan la dispensa del Juez de 1.ª Instancia en la forma establecida en el artículo 48 del CC.

(16) También este impedimento es dispensable (artículo 48 CC).

(17) El impedimento de crimen también puede ser dispensado por el Ministro de Justicia (artículo 48-1 CC).

(18) El Juez no acordará la nulidad por defecto de forma si, al menos, uno de los contrayentes actuó de buena fe (artículo 53 CC).

(19) Según este precepto, son causas de separación: 1.ª El abandono injustificado del hogar, la infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave o reiterada de los deberes conyugales. No podrá invocarse como causa la infidelidad conyugal si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue.

2.ª Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar.

3.ª La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años.

4.ª El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del otro cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia.

5.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentido. Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y este no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho, o pidiese la separación o las

3.º El procedimiento especial matrimonial contencioso también ha de seguirse para los divorcios en que no haya mutuo acuerdo entre los cónyuges. El divorcio es una de las causas de disolución del matrimonio (artículo 85 CC) que no sólo supone el cese de la convivencia conyugal sino que origina la ruptura del vínculo matrimonial. Para que pueda solicitarse el divorcio al amparo de este proceso es preciso alegar alguna de las causas de divorcio, previstas en el artículo 86 del CC (20).

4.º El procedimiento que comentamos también ha de seguirse para la tramitación de cualquier demanda que se formule al amparo del título IV del Libro I del CC y no tenga señalado un procedimiento especial (21).

C) La D. A. 6.ª de la Ley de 1981 crea un procedimiento para la tramitación de las demandas de divorcio o separación cuando exista mutuo acuerdo entre los cónyuges, procedimiento al que puede dársele el nombre de **proceso especial matrimonial convencional** para diferenciarlo del estudiado en el apartado precedente.

Este procedimiento, cuya naturaleza es discutible, se inicia por escrito que debe ir firmado por Abogado y Procurador.

medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento.

6.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante tres años; y

7.ª Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3, 4 y 5 del artículo 86.

(20) Son causas de divorcio, según este precepto:

1.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquella se hubiere interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quien hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación, o, si transcurrido el expresado plazo, no hubiere recaído resolución en la primera instancia.

3.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

a) Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.

b) Cuando quien pide el divorcio, acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en **causa legal de separación**.

4.ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5.ª La condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

(21) Como supuestos de aplicación, al amparo de este número, cabe señalar las reclamaciones de daños por incumplimiento de la promesa matrimonial (artículo 42 CC), las peticiones de los herederos sobre reducción o supresión de la pensión (artículo 101 CC), o las peticiones de autorización judicial para la disposición del hogar familiar a que se refiere el artículo 96 CC.

Existen dos modos de formalización de esta petición; que se haga conjuntamente por ambos cónyuges, o que la haga un cónyuge con el consentimiento del otro.

A la petición ha de acompañarse:

1.º Certificación de inscripción del matrimonio y, en su caso de los hijos.

2.º El convenio regulador, es decir, el documento donde los cónyuges plasmen sus acuerdos en orden a la convivencia familiar, durante la tramitación del proceso (artículo 102) o después de declarada la superación (artículo 81) o el divorcio (artículo 86). Su presentación es obligatoria e imprescindible y, el documento, debe contener al menos: a) la determinación de la persona a cuyo cuidado han 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 ajuar familiar; c) la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como las bases de actualización y garantías en su caso; d) la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio; e) la pensión que correspondiere satisfacer, en su caso, a alguno de los cónyuges; y f) cualquier otro acuerdo referente a la vida familiar (artículo 90 CC).

3.º Ha de acompañarse igualmente a la petición el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho (22).

La falta de presentación de estos documentos solo origina la inadmisibilidad provisional de la demanda y la concesión a las partes de un plazo de diez días para la subsanación del defecto. Pero si estos documentos no pudiesen ser presentados entonces se admite cualquier medio de prueba reconocido en derecho para la justificación de los extremos en que se base la demanda.

Presentada la petición el Juzgado requiere a los cónyuges para que ratifiquen la misma ante la presencia judicial.

Ratificada la petición, el Juez, por medio de auto decreta la admisión o indamisión del procedimiento.

La inadmisión unicamente puede decretarse: por no haber transcurrido un año desde la celebración del matrimonio si se pide la separación; por la no presentación de los documentos exigidos, o por defectos en el convenio regulador. En estos dos últimos supuestos se concede a las partes un pla-

(22) Este documento normalmente consiste en el testimonio judicial acreditativo del hecho en que se basa la separación o el divorcio. Aparecen determinados, de una manera muy prolija, en la regla tres de la DA 6.ª de la Ley de 1981.

zo de diez días para la subsanación y solo para el caso de que no cumplan procede la indamisión definitiva.

Admitido el procedimiento hay un plazo probatorio de diez días, sólo para el caso de que no se hubiesen podido justificar documentalmente los extremos básicos de la causa de separación o divorcio alegadas.

Practicada, en su caso, la prueba, si hay hijos menores o incapacitados se oye al Ministerio Fiscal y si procede a los hijos. Si el Juez considera que el convenio ampara el interés de los hijos, dicta sentencia aprobándolo, previa declaración de la separación o divorcio.

Si considera que el convenio no ampara el interés de los hijos, concede a las partes un plazo de cinco días para que le sometan un nuevo convenio en este punto y propongan prueba, si intentan valerse de ella. Practicada la prueba, el Juez puede acordar para mejor proveer la práctica de cualquiera otra, incluso el dictamen de especialistas.

Seguidamente dicta sentencia que si es estimatoria de la separación o el divorcio aprobará o desaprobará el convenio propuesto.

Si lo desaprueba por considerarlo dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para alguno de los cónyuges, en la misma sentencia, concede a los cónyuges un plazo nuevo de diez días para que le sometan otra propuesta en relación con los puntos no aprobados.

Transcurrido este plazo dicta un auto complementario que puede aprobar estos puntos del convenio, en cuyo caso recibe el nombre de "auto ratificador del convenio" o no aprobarlos, en cuyo caso el Juez decretará las medidas que considere procedentes en orden a los puntos no aprobados.

Contra la sentencia o contra el auto complementario, cabe recurso de apelación ante la Audiencia Territorial que se sustancia conforme a los artículos 887 y siguientes de la LEC.

IV. PROCEDIMIENTOS MATRIMONIALES CAUTELARES

La necesidad de que en la tramitación de un proceso matrimonial haya de invertirse un tiempo más o menos largo y la posibilidad de que en la época precedente a la iniciación del proceso exista una situación de ruptura matrimonial de hecho, exigen la adopción de un conjunto de medidas cautelares específicas destinadas a regular la vivencia de la familia antes de la nulidad, la separación o el divorcio.

Algunas de estas medidas ya existían en el texto primitivo de la LEC

(depósito de mujer casada) que fueron sustituidas y ampliadas por Ley de 24 de abril de 1958.

La novísima legislación dedica a la materia los artículos 102 al 106 del CC y las DA de la Ley de 1981 que mantienen como medidas de este tipo:

1.^a En relación con los hijos del matrimonio: determinar, en su interés, con cual de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos; tomar las disposiciones sobre su cuidado y educación; y determinar la forma en que el cónyuge apartado pueda velar por ellos y pueda visitarlos.

2.^a En relación con la vivienda y el ajuar familiar, determinar cual de los cónyuges ha de continuar en su uso, y los bienes y objetos que, previo inventario, ha de llevarse el otro cónyuge.

3.^a En relación con las cargas del matrimonio: fijar la contribución de cada cónyuge, las bases de actualización y las garantías necesarias para su efectividad.

4.^a Fijar, si procede, litis-expensas (pago de los gastos procesales de un cónyuge por el otro); y

5.^a En relación con los bienes: establecer las normas necesarias para su conservación, gestión o administración.

Estas medidas pueden solicitarse, o bien antes de la iniciación del proceso matrimonial, o bien una vez iniciado el mismo.

A) Si las medidas se solicitan antes de la iniciación del proceso de nulidad, separación o divorcio ante el órgano jurisdiccional del Estado, entonces la práctica les ha dado el nombre de medidas provisionálicas, para cuya adopción se siguen los trámites establecidos en los artículos 1.884, 1.885 y concordantes de la LEC (DA 4 Ley 1981) que presentan como características:

1.^a Pueden ser solicitadas por cualquiera de los cónyuges (en la legislación derogada sólo podía pedir las la mujer).

2.^a No es preceptiva la intervención de Abogado ni Procurador.

3.^a El procedimiento se inicia por escrito que exige ratificación judicial si no se actúa por medio de Procurador.

4.^a El Juez, apreciando la necesidad y urgencia del caso (artículo 1.881 de la LEC) declara producidos por ministerio de la ley los efectos indicados en el artículo 102 del CC (véase antes, II, F).

5.^a Respecto a las restantes medidas parece indispensable cumplir la prescrito en el artículo 103 del CC y citar a los cónyuges a la comparecencia que prescribe el artículo 1.881 LEC.

6.^a El Juez resuelve por medio de auto que o podrá aprobar las medidas convenidas por los cónyuges o decretar las que considere oportunas si aquellas no merecen su aprobación o no se convienen.

7.^a Estas medidas sólo subsisten si dentro de los treinta días siguientes (prorrogables por otro plazo igual) se plantea la demanda ante el Juez o Tribunal competente.

B) Si las medidas indicadas se adoptan una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio reciben el nombre de medidas provisionales que se adoptan siguiendo los trámites de los artículos 1.896 y siguientes de la LEC (DA 4 Ley 1981) y cuyas características son:

1.^a El procedimiento comienza por escrito, que exige la intervención preceptiva de Abogado y Procurador, en el que el interesado recabará la adopción de las medidas que estime oportunas.

2.^a Admitida la solicitud, el Juzgado (que será el mismo que tramite el proceso principal) cita a las partes y, en su caso, al Fiscal a una comparecencia verbal, en la forma y dentro de los plazos señalados en el artículo 1.897 de la LEC.

3.^a En tal comparecencia se oye a las partes y se admiten las pruebas que se presenten en el acto para la justificación o impugnación de las medidas solicitadas.

4.^a El Juez resuelve por medio de auto que se dictará en los tres días siguientes a la comparecencia o a la última diligencia de prueba. Previo a este auto el Juez oír a los hijos y, podrá recabar el dictamen de especialistas.

5.^a El auto podrá aprobar el convenio propuesto por ambos cónyuges o, en su caso, adoptar las medidas solicitadas que crea convenientes.

6.^a Contra este auto no cabe recurso alguno; pero el cónyuge que se crea perjudicado y, en su caso, el Fiscal podrán formular oposición ante el mismo Juzgado en el plazo de ocho días, oposición que se tramita por las normas de los incidentes, pero que en ningún caso paraliza la ejecución de las medidas.

7.^a Estas medidas subsisten hasta que sean sustituidas por las de la sentencia definitiva. En caso de desistimiento, caducidad o sentencia desestimatoria, quedan sin efecto.

V. PROCESOS POSTMATRIMONIALES

Existe un conjunto de procedimientos cuya característica común es la exigencia de que en un proceso precedente se haya declarado la nulidad de un matrimonio o se haya estimado la demanda de separación o divor-

cio. Son los que llamamos procesos postmatrimoniales que son fundamentalmente tres; la ejecución de sentencias canónicas, la modificación de las medidas adoptadas, y la aprobación de un nuevo convenio.

A) El artículo 80 del Código Civil dispone que “las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico, o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente, conforme a las condiciones a que se refiere el artículo 954 de la LEC” (23).

Para que pueda lograrse esta eficacia civil es necesario seguir el procedimiento desarrollado en la DA 2 de la Ley de 1981 que se ajusta a las siguientes reglas:

1.^a Es competente el Juzgado de 1.^a Instancia (24) del domicilio conyugal y, si los cónyuges residieren en distintos partidos, el del último domicilio del matrimonio o el de residencia del otro cónyuge, a elección del demandante.

2.^a En este proceso es siempre preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal (DA 2 Ley 1981).

3.^a Legitimados activamente están cualquiera de las partes del proceso principal.

4.^a Por aplicación de las normas generales de la LEC, es procedente mantener que, es siempre preceptiva la intervención de Abogado y Procurador.

5.^a El procedimiento se inicia por demanda a la que habrá de acompañarse testimonio auténtico de la resolución canónica que se pretenda ejecutar y de su firmeza y, en su caso, la traducción oficial.

6.^a Admitida la demanda se da audiencia al otro cónyuge y al Ministerio Fiscal por un plazo de nueve días.

7.^a Transcurridos esos nueve días, debe distinguirse según haya o no habido oposición:

a) Si hay oposición por parte del otro cónyuge o del Ministerio Fiscal la sentencia eclesiástica no puede ejecutarse. Así se desprende de la DA 2.^a de la Ley de 1981 que para este supuesto establece que quedará a sal-

(23) Este precepto se refiere a la ejecución de sentencias extranjeras en España.

(24) En las poblaciones donde existen, la competencia corresponde al Juzgado de Familia. Vid. supra II B) y nota 2.

vo el derecho de las partes y el del Fiscal para formular su pretensión en el procedimiento que corresponda (25).

b) Si no se da tal oposición, el Juez puede decretar la eficacia civil de la resolución o decisión eclesiástica siempre que, mediante auto motivado, aprecie: 1) que la resolución es auténtica, 2) que es ajustada al Derecho del Estado, y 3) que la sentencia no haya sido dictada en rebeldía del demandado (26).

Si el auto estima la pretensión de ejecución, la sentencia de nulidad del Tribunal canónico o la decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado se ejecutan con arreglo a las normas de ejecución ordinarias (27).

Si el auto desestima la pretensión, contra el mismo no cabe recurso alguno y a las partes se les reserva la posibilidad de formular su pretensión en el procedimiento correspondiente y ante la jurisdicción civil del Estado.

B) El párrafo 3 del nuevo artículo 90 del CC dispone que “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”.

Se establece aquí la modificabilidad de las medidas de ejecución posteriores a la nulidad, divorcio o separación; modificabilidad lógica y concordante con otros preceptos legales (Vid. por ejemplo, artículos 94, 96, 100 y 156 del CC) y necesaria ante la posibilidad de la alteración de las circunstancias que se tuvieron en cuenta en su adopción (28).

Al desarrollo procesal de este precepto, la DA 6 de la Ley de 1981, dedica dos normas: la ocho y la once.

La ocho según la cual “las ulteriores solicitudes de modificación del convenio o de las medidas judiciales, por variación de las circunstancias tenidas en consideración, se tramitarán por el mismo procedimiento seguido para su adopción”, y la once según la que “el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados, y en todo caso, los cónyuges, podrán solicitar del Juez la aprobación de un nuevo convenio, tramitándose

(25) Este procedimiento no podrá ser otro que el solicitar la nulidad o el divorcio ante la jurisdicción civil y por los procedimientos que hemos analizado.

(26) Este es el único requisito del artículo 954 LEC aplicable a esta materia, ya que los restantes que señala el mismo precepto o son inaplicables o están ya recogidos por la Ley de 1981.

(27) En nuestro derecho vigente, ya no son ejecutables las sentencias canónicas de separación ni las dispensas del Privilegio Paulino, admitidas en la legislación derogada.

(28) La modificación de estas circunstancias puede darse, incluso, durante la tramitación del proceso. De aquí que mantengamos la posibilidad de modificación de las medidas provisionales, prevista expresamente por la legislación derogada.

con arreglo a lo dispuesto en los números anteriores, en el supuesto de que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta con anterioridad”.

Parece ser que la ley (no muy clara en esta materia) alude a dos posibilidades: la modificación de las medidas o el convenio, y la sustitución del convenio aprobado por otro.

a) La modificación supone una alteración parcial, es decir, el cambio de alguno de los puntos aprobados, por otros distintos. Puede afectar tanto al convenio aprobado judicialmente como a las medidas decretadas por el Juez en defecto del mismo.

Estas modificaciones, según la Ley “se tramitarán por el mismo procedimiento seguido para su adopción”. Pero la fórmula no es clara por lo que su interpretación correcta exige distinguir según que haya acuerdo entre ambos cónyuges para la modificación o que no lo haya. Si hay acuerdo, el procedimiento para la modificación debe ajustarse a la DA 6 pudiendo los cónyuges valerse de un solo Abogado y un solo Procurador. Si no hay acuerdo, la posibilidad lógica es que la modificación se tramite por las normas de los incidentes de los artículos 740 y siguientes de la LEC, con las variantes de la DA 5.^a a que Ley se remite expresamente.

b) La sustitución del convenio supone la derogación total del convenio existente y el establecimiento de uno nuevo, que ha de regir en lo sucesivo la vivencia de la familia.

Para la tramitación de esta sustitución la ley se remite a las normas anteriores y, por ello, debe partirse de la distinción entre que haya acuerdo para la misma o que no la haya, llegándose a las consecuencias anteriormente indicadas en cuanto a las normas que deben seguirse para su tramitación (29).

(29) La bibliografía sobre esta materia es aun escasa. Existen libros, de muy reciente aparición, del profesor Pérez Gordo, de la Universidad de Zaragoza; de Muñoz Sabaté, de Vegas y de Zanon y de la profesora Montes Reyes, de la Universidad de Granada. En el Boletín de Información del Ministerio de Justicia (1981) se ha publicado una síntesis de la legislación bajo el título “El nuevo régimen procesal en las causas matrimoniales” del que es autor el Juez Lucas Gil. La Revista de Derecho Procesal Iberoamericana publica en el número 4/1981 un trabajo del Magistrado Valls Gombau sobre “Los procesos de nulidad, separación y divorcio”. El Prof. Pérez-Llantada, para los Alumnos de Derecho Canónico de la UNED, hace una síntesis de esta problemática en su “Addenda” para el curso 1982/83.

UNA NUEVA DISPOSICION SOBRE DERECHO CONCURSAL

ADDENDA A LOS TEMAS I, II, III, IV y V DE DERECHO
PROCESAL II. (NOTA LEGISLATIVA. R. D. :. 18/1982 de 24
de septiembre. "BOE" de 1 de octubre). (*)

Por MANUEL LOZANO HIGUERO
Prof. Ayudante de Derecho Procesal

Una de las características de nuestra normativa concursal es su índole caótica, dispersa en una multiplicidad de textos legislativos, inconexos, carentes de coherencia y sistema, con frecuente mezcolanza en una misma disposición de normas materiales y procesales.

Lo anterior, aún resultando grave para el aplicador, estudioso o intérprete, sólo quedaría en una condenable demostración de impericia legislativa si, al mismo tiempo, tal ausencia sistemática no implicará un serio ataque al principio de seguridad jurídica, formal y materialmente considerado, que la Constitución garantiza (artículo 9-3). Empero, la disposición que comentamos, incide, en otras vertientes, en importantes inconstitucionalidades, añadiéndose a algunas de carácter sobrevenido. En éste punto nos referimos al Decreto-Ley de julio de 1947 ("BOE" de 29 de julio), cuyo artículo 1 establece la posibilidad de nombramiento en éstas materias de Jueces especiales civiles al disponer: "La Sala de Gobierno del Tribunal Supremo, en casos excepcionales, por propia iniciativa, cuando lo ordene el Ministro de Justicia o lo proponga el presidente de alguna Audiencia Territorial o lo solicite el Fiscal del Tribunal Supremo y estime

(*) "Addenda" a los Temas I, II, III, IV y V de "Derecho Procesal II".

fundadas la propuesta o la solicitud, respectivamente, podrá nombrar Jueces Especiales civiles para la sustanciación y resolución en primera instancia de juicios universales, que por el número de personas, por la cuantía de los intereses a que afectan o por otras circunstancias extraordinarias que en ellos concurren, hagan conveniente o necesario tal nombramiento para la más acertada y cumplida administración de justicia. La designación deberá recaer en un Magistrado de categoría igual o superior a la del Juez a quien corresponda, con arreglo a la Ley Procesal, conocer del asunto, pudiendo la Sala hacer su elección libremente entre todos los Magistrados de Audiencias”.

La disposición precedente es inconstitucional sin duda, por infringir la garantía del Juez natural que establece el artículo 24 de la Constitución.

En el propio texto del precepto objeto de ésta breve nota, de modo inmediato, se contienen añadidas inconstitucionalidades, particularmente, y desde el punto de vista procesal, que aquí interesa, en el artículo 6 que dice:

“Uno. Cuando un Banco, Caja de Ahorros o Cooperativa de Crédito se presente en suspensión de pagos con arreglo a la Ley de veintiséis de julio de mil novecientos veintidós, los dos Interventores —Peritos mercantiles o prácticos de los que figuren en las listas del Juzgado a que se refiere el artículo cuarto de la citada Ley de Suspensión de Pagos—, serán designados de las listas que con éste objeto, remita el Fondo de Garantía de Depósitos al que pertenezca o haya pertenecido la Entidad de depósito respectiva.

Cuando se den los supuestos del primer párrafo del artículo sexto de la repetida Ley y se provea a la suspensión y sustitución de los Organos de administración de la Entidad suspensa, el Administrador será el propio Fondo de Garantía de Depósitos.

Dos. Cuando un Banco, Caja de Ahorros o Cooperativa de Crédito se declare formalmente en estado de quiebra de conformidad con las normas del Código de Comercio y la Ley de Enjuiciamiento Civil, las funciones de los Organos de la misma, es decir, del Comisario, Depositario y Síndicos, serán asumidas por el Fondo de Garantía de Depósitos al que la Entidad pertenezca o haya pertenecido, sustituyendo a aquellos a todos los efectos.

Tres. El Fondo de Garantía de Depósitos en establecimientos bancarios, el Fondo de Garantía de Depósitos en Cajas de Ahorros y el Fondo de Garantía de Depósitos en Cooperativas de Crédito, gozarán del beneficio de la pobreza ante toda clase de juzgados, tribunales y jurisdicciones en cuantos procedimientos pueda intervenir activa o pasivamente.

Los Bancos, Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito —que sean declarados en quiebra o incurran en sobreseimiento definitivo en expediente de suspensión de pagos— gozarán asimismo del beneficio de pobreza, salvo que una vez liquidado su patrimonio y pagados todos los acreedores resulten bienes suficientes para hacer efectivas las costas y gastos judiciales”.

Pues bien, ya en cuanto a la propia configuración formal de la disposición, deben considerarse las particularidades que supone el artículo 86-1 y 2 de la Constitución.

Especialmente no se nos alcanza la extraordinaria y urgente necesidad, a que hace referencia el precepto constitucional, aunque no debe olvidarse el carácter específico y motivado por supuestos concretos que origina o da causa a la legislación concursal o análoga. Así, es oportuno recordar que si la Ley de Suspensión de pagos de 26 de julio de 1922 nació al calor de remediar la situación financiera de una institución catalana (Banco de Barcelona) y por ello crediticia, posiblemente el artículo adicional primero dispuso que: “Los preceptos contenidos en esta Ley se aplicarán a las suspensiones de pagos que en el momento de dictarse se hallaren en tramitación. Deberá el procedimiento sujetarse a las disposiciones de los artículos 4 y siguientes de ésta Ley”.

El propio artículo adicional 2.º refuerza esta vocación “ad hoc” y de transitoriedad, al prescribir: “Pasados cuatro años de vigencia de ésta Ley, el Gobierno podrá suspender sus efectos, dando cuenta de ello a las Cortes”.

Lo cierto es que esta transitoriedad cuatrienalmente acotada, se ha prolongado mucho más, en vez de establecer una normativa orgánica y coherente de carácter sistemático y general; primordialmente en el plano material, se ha prolongado la provisoriedad existente, y se ha parcheado con disposiciones “ad hoc”, como el D. L. 18/1969, de 20 de octubre de 1969, sobre administración judicial en casos de embargos de Empresas (Caso Matesa), aunque por su naturaleza, más que propiamente concursal, se trate de una medida típicamente cautelar.

El Real Decreto Ley que tratamos, obedece, sin duda, a la situación financiera de instituciones como el Banco de los Pirineos, La Caja Rural de Jaén y la Banca Catalana. Sin embargo, el remedio, como anticipamos, nos parece poco afortunado.

En primer lugar por la vía y momento elegidos, R. Decreto Ley, que debe ser convalidado en el plazo de treinta días, en el actual momento, al haberse disuelto las Cámaras, y las funciones del Congreso de los Diputados, le corresponde a la Diputación Permanente (Art. 78-2).

Es criticable, igualmente, la técnica material escogida, pues nada hubiera impedido que los párrafos segundo del artículo 6-1 y el que contiene el número 2 de éste mismo artículo se adicionarán a los preceptos correspondientes, tal como se hizo por el R. D. de 10 de noviembre de 1924, ratificado con fuerza de Ley por la de 30 de diciembre de 1931, con respecto a los párrafos tercero y cuarto del artículo 1.333 y tercero del artículo 1.346, ambos de la L. E. C., en relación a quiebras de entidades aseguradoras, en que el nombramiento de Comisario de la misma habrá de recaer en un Inspector del Cuerpo Técnico de Inspección mercantil y de seguros, o en un aspirante del mismo Cuerpo; e igualmente para el nombramiento de uno de los tres Síndicos, según el precepto citado en último lugar.

Aquí, se va más lejos y todos estos Institutos se borran de un plumazo legislativo y las funciones de administración y fiscalización constituidas con rango legal a los mismos se confieren a una Institución híbrida como es el Fondo de Garantía de Depósitos, quien, probablemente, actuará a través de una Comisión Gestora (Cfr. RR.DD. 2575 y 2576 de 1 de octubre, "BOE" del 15 del mismo mes y año 1982).

La novedad es enjundiosa, y debe ser objeto de abundamiento ulterior no sólo desde la perspectiva procesal, sino, de modo profundo, desde la material (Derecho Mercantil).

Interesa destacar por último, lo contenido en orden al beneficio de pobreza en el artículo que enjuiciamos. En efecto se concede éste beneficio **subjetivamente** a dos figuras;

1) **El Fondo de Garantía de Depósitos** (en sus tres manifestaciones: en Establecimientos bancarios, en Cajas de Ahorro y en Cooperativas de Crédito).

2) **Los Bancos, Cajas de Ahorros y Cooperativas de Crédito.**

Objetivamente, al Fondo de Garantía sin limitación alguna (ante toda clase de juzgados, tribunales y jurisdicciones en cuantos procedimientos puedan intervenir activa o pasivamente); a los Bancos, Cajas de Ahorro y Cooperativas de Crédito, constreñido a que sean declarados en quiebra o incurran en sobreseimiento definitivo en expediente de suspensión de pagos.

Si en primer orden no se nos advierte el porqué de esa diferenciación de ámbito interno entre los dos supuestos subjetivos, resulta más rechazable e inexplicable a qué pueda obedecer ese privilegio —inconstitucional por quebrantar el principio de igualdad ante la Ley (artículo 14 de la Constitución)— globalmente considerado frente a los restantes justiciables y a qué esa preferencia, (de los Bancos, por ejemplo) frente a otras entida-

des lucrativas como las Inmobiliarias, las Sociedades de cartera, o las Si-derúrgicas, v.gr.

Debe también observarse, con respecto al Fondo de Garantías de Depósitos, en ésta materia de beneficio de pobreza, lo dispuesto en el artículo 20 de la L.E.C.: “El beneficio de la defensa por pobre sólo se concederá para litigar derechos propios.

El Cesionario que lo tenga no podrá utilizarlo para litigar los derechos del cedente o los que hayan adquirido de un tercero a quien no corresponde dicho beneficio, fuera del caso en que la adquisición haya sido por título de herencia”.

Por si el precepto no fuera terminante lo es la doctrinal legal, (desde 17 de junio de 1887 hasta 24 de enero de 1957) de que no se extiende éste beneficio a la Sindicatura de la quiebra —cuyas funciones asume el Fondo de Garantía de Depósitos, en virtud del precepto objeto fundamental de éste comentario— puesto que éstos órganos no ejercitan derechos propios, ni los ostentan, sino que representan a la masa de acreedores.

Este es el breve comentario que, en una primera visión, nos merece esta nueva normativa concursal.

Comentario, obviamente, de matiz desfavorable, como queda expresado en las líneas que anteceden, ya que, si por un lado viene a complicar con un nuevo injerto de naturaleza espúrea la ya enrevesada maraña del Derecho Concursal, logra sumar inconstitucionalidades al sistema de ésta rama de nuestro ordenamiento positivo que nos permite aventurar su escasa, por no decir nula, —desde la óptica procesal constitucional—, fructuosidad.

Debemos lamentar, por tanto, la ligereza legislativa reiterada en el campo procesal, —el que aquí nos atañe—, del legislador postconstitucional, que no se percata de que en el Derecho Procesal, también de modo particular, la prisa es mala consejera en las reformas de nuestros venerables textos rectores.