



Àmbit Administració de justícia

CENTRE D'ESTUDIS JURÍDICS
I FORMACIÓ ESPECIALITZADA



Generalitat de Catalunya
Departament de Justícia

Ausiàs March, 40
08010 Barcelona
TEL. 93 207 31 14
FAX: 93 207 67 47

D O C U M E N T S D E T R E B A L L

INVESTIGACIÓ

(Ajuts a la investigació, 2009)

**Les normes processals del títol tercer (la
família), del llibre II del projecte de Codi
Civil de Catalunya**

Autors

Vicente Pérez Daudí

Jesús Sánchez García

Núria Mallandrich Miret

Novembre de 2009

El Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada ha editat aquesta recerca respectant el text original dels autors, que en són responsables de la correcció lingüística.

Les idees i opinions expressades en la recerca són de responsabilitat exclusiva dels autors, i no s'identifiquen necessàriament amb les del Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada.

Avís legal

Els continguts d'aquesta investigació estan subjectes a una llicència de Reconeixement-NoComercial-SenseObraDerivada 2.5 Espanya de Creative Commons, el text complet de la qual es troba disponible a <http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/legalcode.ca>.

Així, doncs, se'n permet còpia, distribució i comunicació pública sempre que se citi l'autor del text i la font (Generalitat de Catalunya. Departament de Justícia. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada), tal com consta en la citació recomanada inclosa a cada article. No se'n poden fer usos comercials ni obres derivades.

Resum en català:

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/2.5/es/deed.ca>

ÍNDIX

ÍNDIX.....	3
LES NORMES PROCESSALS DEL TÍTOL TERCER (LA FAMÍLIA), DEL LLIBRE II DEL PROJECTE DE CODI CIVIL DE CATALUNYA.....	5
1. Introducció.....	5
2.1 Especialitats processals.....	6
2.1.1 Disposició addicional quarta. Especialitats processals relatives a pretensions liquidatòries del règim econòmic exercides dins dels processos matrimonials.....	6
2.1.2 Disposició Addicional Cinquena. Especialitats processals relatives a pretensions econòmic-matrimonials exercides en els processos de liquidació i divisió d'herència.....	7
2.1.3 Disposició Addicional Sisena. Procediments relatius a la ruptura de la parella estable.....	7
2.1.4 Disposició Addicional Setena. Dictàmens pericials relatius al règim d'exercici de la responsabilitat parental.....	8
2.2 Comentaris a la regulació processal.....	9
3. L'objecte del procés matrimonial.....	13
3.1 La pretensió matrimonial.....	15
3.3 Pretensions econòmiques entre els cònjuges.....	19
4. L'eficàcia dels acords extrajudicials reguladors de la ruptura.....	26
5. L'aprovació del conveni regulador.....	33
6. La intervenció de l'Equip tècnic judicial.....	34
6.1 Introducció.....	34
6.2 Regulació.....	35
6.3 Naturalesa de l'Equip Tècnic Judicial.....	39
6.4 Funcions de l'Equip Tècnic Judicial.....	40
6.5 El dictamen pericial.....	41
6.5.1 El dictamen pericial de part extrajudicial.....	41
6.5.2 El dictamen pericial judicial.....	47
6.5.3 La valoració dels dictàmens pericials, amb especial referència als supòsits de contradicció entre ells.....	49
6.5.4 Altres supòsits d'intervenció de l'Equip Tècnic Judicial.....	51

7.	Les mesures provisionals.....	53
7.1	Contingut de la regulació.....	53
7.2	L'apartat primer de l'article 233-1 PCCC.....	53
7.2.1	El règim d'adopció de mesures provisionals de l'art. 233-1 PCCC en relació amb la regulació de la LEC.....	53
7.2.2	Moment d'adopció de les mesures cautelars.....	54
7.2.3	Legitimació.....	55
7.2.4	Mesures adoptables.....	56
7.2.5	Procediment.....	60
7.2.5.1	L'adopció de mesures provisionals prèvies.....	60
7.2.5.2	Mesures provisionals derivades de l'admissió a tràmit de la demanda.	63
7.3	L'adopció de mesures provisionals en cas de violència familiar o de gènere.	65
7.4	L'apartat tercer de l'art. 233-1 PCCC. L'adopció per part de l'autoritat judicial competent de les garanties adients per assegurar el compliment de les mesures provisionals.....	67
7.4.1	Delimitació de l'àmbit de la disposició.....	67
7.4.2	Exigència de concurrència dels pressupostos d'adopció de les mesures cautelars.....	68
7.5	L'eficàcia dels pactes relatius a les mesures provisionals.....	70
8.	Proposta d'esmenes.....	72
	ÍNDEX DE BIBLIOGRAFIA	80
	RESUM	Error! No s'ha definit l'adreça d'interès.
	BREU RESUM INDICATIU.....	Error! No s'ha definit l'adreça d'interès.
	DESCRIPTOR PRINCIPALS DE LA INVESTIGACIÓ.....	Error! No s'ha definit l'adreça d'interès.

LES NORMES PROCESSALS DEL TÍTOL TERCER (LA FAMÍLIA), DEL LLIBRE II DEL PROJECTE DE CODI CIVIL DE CATALUNYA.

Introducció

En l'àmbit de l'ajut a la investigació concedit per a la resolució JUS/4112/08, de 19 de desembre, per part del Centre d'Estudis Jurídics i de Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya s'analitzaran les normes del Títol tercer, del llibre II del Projecte de Codi Civil de Catalunya. Concretament s'analitzarà:

- Les especialitats processals que s'introdueixen en el judici verbal.
- L'ampliació de l'objecte del procés matrimonial.
- L'aprovació del conveni regulador i l'eficàcia dels pactes reguladors de la ruptura.
- El dictamen pericial en el procés matrimonial i la intervenció de l'Equip Tècnic Judicial.
- Les mesures provisionals.

Finalment farem una sèrie de propostes d'esmenes als aspectes processals del Títol tercer, del llibre II del projecte de Codi Civil de Catalunya.

2. Les especialitats processals que s'introdueixen en el judici verbal

El projecte del Llibre II del CCC conté algunes especials processals, que passem a comentar.

2.1 *Especialitats processals*

2.1.1 Disposició addicional quarta. Especialitats processals relatives a pretensions liquidatòries del règim econòmic exercides dins dels processos matrimonials.

Per determinar la titularitat de béns i si procedeix per dividir els comuns o adjudicar-los en qualsevol règim econòmic matrimonial, per fixar el règim de participació d'acord amb l'article 232-21 del Codi Civil i per determinar la procedència i quantia de la compensació per raó del treball, d'acord amb l'article 232-5 del Codi Civil, en el procediment matrimonial se seguiran les següents regles:

- 1) A la demanda i en el seu cas en la reconvenció, s'ha d'acompanyar una proposta d'inventari que inclogui els béns propis i els de l'altre cònjuge, amb indicació del seu valor i l'import de les obligacions, així com la documentació de rellevància patrimonial que es disposi.
- 2) Contestada la demanda o la reconvenció, si s'observa discrepància respecte a la composició, la titularitat o el valor dels béns, el tribunal requerirà les parts a fi que reparin les omissions i completin la informació subministrada en el termini improrrogable de deu dies.
- 3) Les parts hauran de comparèixer a la vista amb tota la prova que vulguin fer valer. En cas que sigui necessària alguna diligència de prova que s'hagi d'obtenir mitjançant auxili judicial, l'autoritat judicial decidirà escoltades les al·legacions d'ambdues parts, amb suspensió de la tramitació el temps indispensable.

En decidir sobre la prova proposada, l'autoritat judicial indicarà la conveniència de practicar prova sobre aspectes controvertits de les pretensions patrimonials i, comunicant-lo a les parts, disposarà, en el seu cas, la incorporació al procés de la informació rellevant per resoldre qualsevol aspecte del litigi que ja consti per altres causes, pendents o resoltes, entre les parts.

La sentència que es dicti en el procés principal resoldrà totes les pretensions.

2.1.2 Disposició Addicional Cinquena. Especialitats processals relatives a pretensions econòmic-matrimonials exercides en els processos de liquidació i divisió d'herència.

En cas de dissolució del matrimoni per mort, el cònjuge que sobrevisqui pot instar l'acció de divisió de la cosa comuna respecte dels béns que tinguin en comunitat ordinària indivisa i la determinació de compensació per raó del treball, d'acord amb el procediment dels articles 782 i següents de la Llei 1/2000 de 7 de gener d'Enjudiciament Civil.

L'acord al qual s'arribi o la sentència que es dicti en aquest procediment de divisió d'herència inclourà la determinació, liquidació i divisió dels béns que tinguessin en comunitat indivisa durant el matrimoni i, també, en el seu cas, la compensació per raó del treball, concretats com a crèdits del cònjuge que sobrevisqui abonables pels qui resultin hereus.

2.1.3 Disposició Addicional Sisena. Procediments relatius a la ruptura de la parella estable.

Els procediments judicials relatius a la ruptura de la parella estable es tramitaran, en tot allò que no estigui previst expressament pel Codi Civil, per les normes de la Llei 1/2000 de 7 de gener d'Enjudiciament Civil en matèria de processos matrimonials. En aquests processos les parts podran sotmetre les discrepàncies a mediació i l'autoritat judicial els podrà enviar a una sessió informativa sobre mediació, en els termes que preveu l'article 233-6 del Codi Civil.

Les reclamacions fonamentades en el Capítol quart, del Títol III, del Llibre II del Codi Civil es poden acumular en un únic procés. En el mateix procés qualsevol dels membres de la parella pot exercir l'acció de divisió de la cosa comuna respecte dels béns que tinguin en comunitat ordinària indivisa. Si hi ha pluralitat de béns en comunitat ordinària indivisa i un dels membres de la parella el sol·licita, l'autoritat judicial pot considerar-los com una massa comuna a efectes de la formació de lots i la seva adjudicació.

2.1.4 Disposició Addicional Setena. Dictàmens pericials relatius al règim d'exercici de la responsabilitat parental.

Els dictàmens pericials relatius al règim d'exercici de la responsabilitat parental tenen per objecte primordial determinar o apreciar l'existència en el menor o algun dels progenitors o en altres membres de la família, d'una malaltia mental o d'anomalies de conducta que incideixin o interfereixin en les relacions familiars, en ordre a l'establiment del règim de custòdia i de visites. També poden tenir com objecte l'adequada comprensió del sistema de relacions personals existents en la família o en els nous nuclis als quals el menor ha d'integrar-se, així com les mesures de seguiment que procedeixin implantar per garantir el dret dels menors a mantenir la normalitat en les relacions amb els seus.

Els dictàmens que sobre aquests extrems aportin les parts al procés, equivalen als que elabora l'equip tècnic de suport judicial o els professionals que el jutge designi al seu lloc, sempre que el pèrit hagi estat designat per un col·legi professional o entitat reconeguda per l'administració de justícia a partir d'un cens d'especialistes i de manera que es garanteixi l'objectivitat, la imparcialitat i la capacitat tècnica.

Els cònjuges o integrants de la parella tenen el deure de col·laborar amb els pèrits designats de la manera indicada en el paràgraf anterior. La negativa a fer-ho, quan hagin estat requerits fefaentment, pot impedir la designació d'un pèrit judicial a instàncies de part, amb càrrec als pressuposts de l'administració de justícia, llevat que s'acrediti que s'aprecia una causa o circumstància que la justifiqui.

Quan els mitjans probatoris aportats per les parts relatius al règim de custòdia o a les

visites no ofereixin suficients elements de judici, el tribunal pot disposar l'elaboració d'un informe per un pèrit judicial.

Si el tribunal té dubtes sobre la idoneïtat d'establir la custòdia compartida, pot sol·licitar un informe específic sobre això.

El pèrit es designarà entre els especialistes dels equips tècnics de suport judicial, de la clínica metge forense o dels col·legis professionals corresponents, quan els serveis públics d'assessorament no existeixin, no puguin assumir la designació sense donar lloc a dilacions o sigui necessària una intervenció especialitzada.

Els especialistes integrats als equips tècnics que donen suport als tribunals o els designats al seu lloc són auxiliars dels mateixos. Qualsevol autoritat i organisme públic i privat i qualsevol professional que hagi intervingut prèviament amb la família té el deure de col·laborar. Quan la col·laboració sol·licitada es refereixi a aspectes protegits pel secret professional, pel dret a la intimitat o per la normativa relativa a dades personals, es requereix resolució expressa del tribunal.

2.2 Comentaris a la regulació processal

a) El llibre II pretén regular totes les accions derivades de les relacions convivencials del matrimoni i de la parella estable, a través de les vies del Llibre IV de la Llei d'Enjudiciament Civil, podent acumular les parts totes les accions en un mateix procés.

b) El principal problema que això planteja, és que el procediment a seguir és el judici verbal i no el judici ordinari, amb les limitacions pròpies de la tramitació del judici verbal en els processos matrimonials. N'hi ha prou amb posar com a exemple tota la problemàtica d'acreditar la titularitat d'un bé a l'acció de divisió de la cosa comuna, acumulada a la resta d'accions que exerciti la part o les accions de nul·litat o anul·labilitat, segons els casos, dels pactes prematrimonials.

c) D'acord amb la redacció del text, es planteja un dubte important consistent en la preclusió d'al·legacions dels articles 400.2 i 406.4 de la Llei d'Enjudiciament Civil, en tots aquells supòsits d'acumulació d'accions, derivades de pretensions patrimonials, que no

siguin d'*ius cogens*.

d) S'atorga la condició de pèrit als equips tècnics de suport judicial, en contradicció amb el disposat a l'article 92 del Codi Civil Comú, però res no es disposa de la forma en la qual haurà d'actuar el professional de l'esmentat equip quan sigui designat, ja que si se li considera pèrit, haurà d'actuar en el procediment dels articles 339 i següents de la Llei d'Enjudiciament Civil.

e) No s'ha regulat la necessitat que les parts puguin sol·licitar del tribunal anteriorment a la vista l'aportació al procés de les fonts de prova que les mateixes no puguin aportar, havent d'acudir a l'auxili judicial per a això.

És més, la pròpia disposició addicional quarta, en el seu apartat 1.3, estableix que quan sigui necessària una diligència de prova que s'hagi d'obtenir mitjançant auxili judicial, l'autoritat judicial decidirà, sentides les al·legacions d'ambdues parts, amb suspensió de la tramitació el temps indispensable.

Si el propi article 770.1.4 LEC estableix que les proves que no puguin practicar-se en l'acte de la vista es practican en el termini que el tribunal assenyali, que no podrà excedir de trenta dies, és evident que el contingut de l'esmentada disposició addicional no té sentit, llevat de que el legislador català el que pretengui per a complir amb la previsió de l'article 290 de la LEC, sigui que la prova s'hagi de practicar en unitat d'acte el dia de la vista i per això prevegi la suspensió del procediment.

Seria més lògic i evitaria dilacions innecessàries, regular un tràmit previ perquè les parts poguessin sol·licitar del tribunal l'aportació d'aquelles fonts de prova que considerin pertinents, útils i necessàries per a la defensa dels seus interessos, a fi d'acreditar els fets controvertits.

I això podria regular-se tenint molt present el marc legislatiu i competencial estatal, concretament els articles 149 de la CE i 130 de l'EAC, així com la doctrina jurisprudencial emanada del TC, especialment la seva sentència número 47/2004, de 25 de març de 2004.

Com dèiem, no hem d'oblidar que la pròpia LEC, al seu article 290 estableix que les proves es practiquen en unitat d'acte.

I la nostra Carta Magna preveu l'accés als mitjans de prova com un dret fonamental. L'article 24 de la Constitució espanyola consagra el principi fonamental amb rang constitucional de poder utilitzar els mitjans de prova pertinents per a la seva defensa.

Hem de ressaltar que moltes d'aquestes fonts de prova, s'utilitzaran per poder preguntar a les parts, testimonis, etc., i que requereixen del seu previ examen i exhibició i el que és més important, tal com disposa l'art. 427 LEC, d'aplicació per al tràmit del judici verbal, ja que el judici verbal es regeix pels mateixos principis que l'ordinari, però en unitat d'acte en la vista, les parts han de pronunciar-se sobre tots els documents, informes i dictàmens abans de la proposició de prova i si no són impugnats, ni contradits, entren en el procés amb tot el seu valor probatori, sense perjudici de la valoració que posteriorment li doni el Tribunal.

N'hi ha prou amb recordar que en l'ordre jurisdiccional laboral està regulada de forma expressa l'aportació de documents anteriorment a la vista, on es contenen dues normes que responen al que és propi de la preparació de la prova per a la vista. Així l'art. 90.2 de la LPL, preveu que les parts podran en un termini anterior a l'acte oral i concentrat que és el judici, sol·licitar les proves que havent de practicar-se en el mateix, requereixin de diligències de citació o requeriment. No es refereix només a la citació de parts o testimonis, sinó també dels mitjans de prova que per ser practicats en la vista precisin de requeriment i aquest és precisament el supòsit dels documents a aportar per la part contrària i per tercers. Amb aquesta finalitat l'art. 94. 2 de la LPL estableix que els documents pertanyents a les parts s'hauran d'aportar al procés, si haguessin estat proposats com a mitjà de prova per la part contrària i admès pel tribunal, de manera que si no es presenten sense causa justificada, podran estimar-se provades les al·legacions fetes per la contrària en relació amb la prova acordada.

En el tràmit parlamentari s'hauria d'introduir una esmena que permetés que anteriorment a la vista les parts poguessin sol·licitar l'auxili de l'autoritat judicial, que el dia de la vista poguessin ser totes aquelles fonts de prova que siguin necessàries per a la defensa dels interessos de la part i que la mateixa no les pot aportar voluntàriament, especialment a

través del disposat als articles 328 i següents, en relació amb els articles 265.2 i 269, tots ells de la LEC.

L'objecte del procés matrimonial

Tal com afirma GÓMEZ ORBANEJA "el dret del procés és un dret de segon grau i formal, és a dir, que no s'enfronta directament amb les relacions de la vida ni amb el tràfic econòmic o social, sinó que és un dret que hi és per a un altre dret"¹.

Un dels aspectes més importants quan ens enfrontem al procés matrimonial és la determinació de l'objecte del mateix. Sobre això hem de tenir present que en aquesta matèria el procés té caràcter necessari, ja que només una sentència judicial pot decretar la dissolució del vincle matrimonial, exceptuant lògicament els casos de mort d'un dels cònjuges². A partir d'aquesta premissa el legislador obliga a regular la nova situació econòmica creada en les relacions internes entre ells i amb els seus descendents. Això motiva que en el procés matrimonial ens trobem davant de les següents pretensions:

- La pretensió relacionada amb el vincle matrimonial.
- La pretensió econòmica entre els cònjuges.
- Les pretensions relacionades amb els fills.

Cada una d'elles respon a principis diferents en funció de si tenen la naturalesa de disponible o no per als cònjuges i tenen caràcter necessari.

A més d'aquestes accions, se'n poden acumular voluntàriament altres que poden incidir en una major complexitat del procés matrimonial. Concretament són l'acció de divisió dels béns comuns i les qüestions relatives a l'eficàcia dels pactes prematrimonials o realitzats en ocasió de la ruptura de forma extrajudicial.

¹ GOMEZ ORBANEJA, en "Derecho y Proceso", en *Derecho y Proceso*, editorial Civitas, Madrid, 2009, p. 195. L'article citat és la transcripció d'una conferència que va impartir a l'Escola de Pràctica Jurídica del Col·legi d'Advocats de Saragossa el mes de febrer de 1974.

² Si bé en aquest cas, sovint serà necessari que es dicti sentència donat que la sentència de nul·litat o de divorci pot tenir repercussions en la distribució dels béns de l'herència.

A aquestes pretensions cal unir-ne altres de relacionades amb la regulació substantiva de la dissolució del vincle:

- La divisió dels béns comuns adquirits abans de la celebració del matrimoni.
- L'al·legació i, en el seu cas, impugnació dels acords extrajudicials reguladors de la ruptura futura o present.

L'article 774 LEC regula el contingut mínim de la sentència en el procés matrimonial, que s'ha de pronunciar sobre la nul·litat, separació i divorci i les mesures adoptades en relació amb els fills, l'habitatge familiar, les càrregues del matrimoni, la dissolució del règim econòmic i les cauteles o garanties respectives (arts. 774.4 LEC).

El contingut de la sentència també ve determinat per l'article 90 del Codi Civil estatal i l'article 76 del Codi de Família de Catalunya. Aquest últim preveu que:

"1. En els casos de nul·litat del matrimoni, divorci o separació judicial, si hi ha fills sotmesos a la potestat del pare i de la mare, s'ha d'establir:

a) Aquell amb qui han de conviure els fills, així com, en el seu cas, el règim de visites, estada i comunicació amb el pare o la mare amb qui no convisquin.

b) La forma com ha de ser exercida la potestat dels fills, en els termes establerts a l'article 139.

c) La quantitat que pel concepte d'aliments dels fills, d'acord amb l'article 143, correspongui satisfer al pare o a la mare i la periodicitat i forma de pagament.

d) Les normes per a l'actualització dels aliments i, en el seu cas, les garanties per assegurar el seu pagament.

2. Si hi ha fills majors d'edat o emancipats que convisquin amb un dels progenitors i que no tinguin ingressos propis, s'han de fixar els aliments que corresponguin en

els termes establerts a l'article 259. 3. Els altres aspectes que s'han de regular, d'acord amb les circumstàncies de cada cas, són els següents:

- a) L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar, amb el corresponent aixovar, i, en el seu cas, de les altres residències.
- b) La pensió compensatòria o els aliments, que, en el seu cas, correspongui satisfer un dels cònjuges en favor de l'altre.
- c) La forma, si correspon, que els cònjuges continuen contribuint a les despeses familiars.
- d) Les normes per a l'actualització dels aliments i de la pensió compensatòria i, en el seu cas, les garanties per assegurar el seu pagament.
- e) La liquidació, en el seu cas, del règim matrimonial i la divisió dels béns comuns, d'acord amb l'establert a l'article 43."

3.1 La pretensió matrimonial

El principal contingut del procés matrimonial el constitueix la pretensió matrimonial. La mateixa pot consistir en:

- l'acció de nul·litat del matrimoni, distingint aquella en la qual ha d'intervenir el Ministeri Fiscal i aquelles en la qual no és part (arts. 73.4 i 5 CC).
- l'acció de divorci.
- l'acció de separació.

L'article 751 LEC preveu que "en els processos a què es refereix aquest títol no assortiran efecte la renúncia, l'aplanament, ni la transacció". En el seu apartat 3 afirma que "no obstant això el disposat en els apartats anteriors, les pretensions que es formulin en els

processos que es refereix aquest Títol i que tinguin per objecte matèries sobre les quals les parts puguin disposar lliurement, segons la legislació civil aplicable, podran ser objecte de renúncia, aplanament, transacció o desistiment, conforme al previst al Capítol IV del Títol I del Llibre I d'aquesta Llei".

Amb la regulació anterior de la LEC ens pronunciem sobre aquest apartat i arribàvem a la conclusió que l'aplanament no seria eficaç en la pretensió matrimonial quan no tingués caràcter dispositiu per a les parts³. Amb la regulació actual la nul·litat del matrimoni no té caràcter dispositiu, però el legislador permet en algun cas que es validi la causa de nul·litat concurrent per l'actuació dels cònjuges, com és el cas del matrimoni contractat per un menor d'edat o en la fundada en error, coacció o por greu, en les quals sol pot exercitar l'acció de nul·litat una vegada assolida la majoria d'edat al contraent menor o el cònjuge que hagués sofert el vici de voluntat i permet que es validi la causa de nul·litat quan haguessin viscut junts un any. En aquest cas el caràcter no dispositiu de l'acció de nul·litat es ressent o com mínim ens hem de replantejar la no eficàcia dels negocis dispositius, ja que si l'activitat està en l'àmbit de l'esfera de voluntat de les parts extraprocessalment, s'ha de permetre la seva eficàcia si es realitzen en l'àmbit processal.

D'altra banda en haver desaparegut el divorci causal en la reforma de l'article 86 del Codi Civil, a través de la Llei 15/2005 de 8 de juliol, el mateix té caràcter dispositiu per a les parts. Recordem que la nova redacció de l'article 86 del Codi Civil preveu que "es decretarà judicialment el divorci, qualsevol que sigui la forma de celebració del matrimoni, a petició d'un sol dels cònjuges, d'ambdós o d'un amb el consentiment de l'altre, quan es presentin els requisits i circumstàncies exigits a l'article 81."

L'article 81 del CC exigeix que hagin transcorregut tres mesos des de la celebració del matrimoni i que s'acompanyi una proposta de conveni regulador redactada conforme a l'article 92 del CC. Aquest precepte també preveu no requerir el transcurs del termini quan s'acrediti l'existència d'un risc per a la vida, integritat física, la llibertat, la integritat moral o llibertat i indemnitat sexual del cònjuge demandant o dels fills d'ambdós o de qualsevol dels membres del matrimoni.

³ Veure PÉREZ DAUDÍ, V., *El allanamiento en el proceso civil*, Barcelona, 2000.

D'aquesta forma s'ha introduït en la nostra ordenació jurídica el divorci no causal, exigint únicament que un o ambdós cònjuges manifestin la seva voluntat de divorciar-se, que hagi transcorregut el termini de 3 mesos des de la celebració del matrimoni i que s'acompanyi una proposta de conveni regulador. Per això ja no podem afirmar, com es feia en la regulació anterior, que la pretensió de divorci tingui caràcter no dispositiu. Una qüestió diferent és que sigui necessari que transcorri el termini de 3 mesos des de la celebració del matrimoni, qüestió que és d'*ius cogens* i que només pot no requerir-se quan es presenti alguna de les excepcions previstes a l'article 81 del Codi Civil.

Per últim en relació amb la separació ens trobem indubtablement davant d'una matèria dispositiva per a les parts. En la regulació anterior de l'article 92 CC l'únic efecte que produïa la sentència de separació era eximir els cònjuges de la prova de la separació, ja que l'art. 86 CC recollia com causa de divorci tant la separació judicial com la separació de fet. Per tant, es pot aconseguir el mateix efecte jurídic extraprocessalment. Per això estimem que no existeix cap inconvenient perquè la part demandada pugui manifestar la seva conformitat amb aquesta pretensió, tenint els mateixos efectes vinculants per a l'òrgan jurisdiccional.

3.2 Pretensions en relació amb els fills.

L'article 76.1 del Codi de Família preveu en relació amb els fills que s'han de regular els següents aspectes:

- Convivència i règim de visites.

- La forma en la qual és exercida la pàtria potestat.

- Aliments.

L'article 233-2 apartat segon del Projecte preveu entre les mesures definitives que han de ser proposades al conveni regulador:

" Si els cònjuges tenen fills comuns que és trobin en la seva potestat el conveni ha de contenir:

a) Un pla de parentalitat, en els termes de l'article 233-9.

b) Els aliments que hauran de satisfer, indicant-ne la periodicitat, la modalitat de pagament, els criteris d'actualització i, si així ho han previst, les garanties.

c) Si escau, el règim de visites, estada i comunicació amb els avis i amb els germans que no convisquin en el mateix domicili".

El contingut del pla de parentalitat es regula a l'article 233-9 del Projecte:

"En la proposta de pla de parentalitat, els progenitors han de concretar la forma d'exercir li seves responsabilitats i de prendre decisions pel que fa a la cura i educació dels fills, el lloc o els llocs on aquests viuran habitualment, el règim de relació en els períodes de temps en què els progenitors no tinguin els fills amb ells i també li tasques que efectivament exercirà cadascun".

La primera consideració que hem de realitzar és que els fills no són part en el procés matrimonial. Per tant els seus drets són indisponibles per les parts. A més en el procés matrimonial intervé el Ministeri Fiscal com a representant dels fills menors (disp. ad. VIII). Per tot això l'òrgan jurisdiccional no està vinculat per les al·legacions efectuades pels cònjuges en relació amb els fills. L'aplanament a aquesta pretensió no és vinculant per a l'òrgan jurisdiccional, no perquè aquest procés es regeixi pel principi inquisitiu, sinó perquè tenen el caràcter de tercers, amb el que no els pot afectar l'acte dispositiu realitzat per altres persones.

3.3 Pretensions econòmiques entre els cònjuges

El procés de família implica la ruptura de la convivència conjugal, amb la qual cosa s'ha de regular la distribució dels béns comuns o l'atribució dels béns privatis que estiguessin destinats a aixecar les càrregues familiars. L'article 233-2 apartat segon del Projecte, de forma similar a l'actual article 76 del Codi de Família, estableix que:

" Si és procedent, el conveni també ha de contenir:

- a) La prestació compensatòria que s'atribueixi a un dels cònjuges, indicant-ne la modalitat de pagament i, si escau, els criteris d'actualització i li garanties.
- b) L'atribució de l'ús de l'habitatge familiar amb el seu parament.
- c) La compensació per raó de treball.
- d) La liquidació del règim econòmic matrimonial i la divisió dels béns comuns o en comunitat ordinària indivisa"

A continuació analitzarem específicament dues de les pretensions que es poden acumular al procés matrimonial i que en principi es pot considerar "estranyes" al mateix, com és la problemàtica que ha generat la liquidació del règim econòmic matrimonial i la divisió dels béns comuns o en comunitat ordinària indivisa.

La possible acumulació de l'acció de divisió de béns comuns dels cònjuges ha plantejat dubtes en l'aplicació del règim general del Codi Civil, ja que la jurisprudència entén que en aquests supòsits és necessari acudir al procés especial regulat als articles 806 i ss. LEC, motiu pel que no permet la seva acumulació al procés matrimonial llevat que estigui implícit en la liquidació del règim econòmic matrimonial⁴. Tanmateix, en ocasions la legislació especial d'alguna Comunitat Autònoma autoritza a acumular l'acció de divisió de cosa

⁴ En aquest sentit s'han pronunciat entre altres les Sentències de la Secció 12^a de l'AP de Barcelona, ponent Pascual Ortuño Muñoz, de 29 i 30 de juliol de 2002.

comuna en el procés matrimonial. Aquest és el cas de la Comunitat Autònoma de Catalunya⁵, que preveu expressament a l'article 43 del Codi de Família que:

"1. En els procediments de separació, divorci o nul·litat i d'execució en l'ordre civil de les resolucions o decisions eclesiàstiques que fa referència l'article 42, de matrimonis subjectes al règim de separació de béns, qualsevol dels cònjuges pot exercir simultàniament l'acció de divisió de cosa comuna respecte als que tinguin a favor indivís. Si els béns afectats són més d'un i l'autoritat judicial l'estima procedent, aquells poden ser considerats en conjunt, a efectes de la divisió.

2. Si la sentència dóna lloc a l'acció de divisió de la cosa comuna, es pot procedir a la indicada divisió dels béns" en el tràmit d'execució de la sentència".

El projecte de reforma del Llibre II del Codi Civil de Catalunya regula l'acumulació d'aquesta acció al procés de família a l'article 233-2, apartat 3 en incloure en el seu apartat 3 que " si és procedent, el conveni també ha de contenir:... d) La liquidació del règim econòmic matrimonial i la divisió dels béns comuns o en comunitat ordinària indivisa".

Aquesta és una possibilitat que no està prevista expressament en la regulació del Codi Civil, que només preveu que es pugui acumular la liquidació del règim econòmic matrimonial, la qual cosa ocorria quan de conformitat amb la regulació del mateix existien béns comuns com en el règim de comunitat de béns. Però no quan la comunitat de béns no provenia de l'aplicació del règim econòmic matrimonial, sinó de la lliure voluntat dels cònjuges com en el cas de la separació de béns.

Això motiva que, quan és aplicable la legislació catalana, l'Òrgan Judicial competent objectivament per conèixer de la divisió de cosa comuna sigui el Jutjat de Família i no el Jutjat de Primera Instància en aquells partits judicials on hi hagi aquesta especialització. També s'ha plantejat la compatibilitat de l'exercici simultani de l'acció de divisió de béns comuns i el procés de separació, arribant la jurisprudència a la conclusió que sent un dels

⁵ La jurisprudència s'ha pronunciat sobre l'acumulació a les Sentències de la secció 12a de l'AP de Barcelona de 28 i 29 de juliol de 2002 i 16 de maig de 2002.

continguts del procés de separació, nul·litat o divorci s'ha de tramitar a través d'aquest ⁶. La previsió de l'article 43 del Codi de Família s'estableix per raons d'economia processal per permetre que els cònjuges puguin plantejar-ho en el procediment matrimonial.

La jurisprudència ha exigít que quan existeix un procés matrimonial en el mateix s'ha de realitzar necessàriament el pronunciament sobre la cessació de la indivisió. Les parts poden decidir de conformitat amb el principi d'oportunitat incloure en el procés matrimonial les operacions de liquidació, sense que resulti afectat per la preclusió d'al·legacions de l'article 400.2 i 406.4 LEC, ja que ens trobem davant d'una nova pretensió com és la liquidació de la comunitat de béns i no la seva declaració. De conformitat amb l'exposat s'exigeix que si està pendent el procés de família s'acumuli necessàriament el mateix. Però res no impedeix que s'exerciti l'acció de divisió abans de l'inici del procés de família o una vegada finalitzat aquest; però en aquest últim cas s'exigeix l'existència d'un pronunciament judicial de cessació de la indivisió⁷.

Tanmateix, no es pot acumular la discussió sobre el règim econòmic matrimonial aplicable o sobre la titularitat dels béns. En aquest cas la jurisprudència remet les parts a un procés declaratiu posterior ⁸.

Però aquesta solució no està exempta de riscos. En el procés de liquidació de la comunitat de béns es pot plantejar la influència de les mesures definitives adoptades en la sentència del procés matrimonial. Específicament fem referència a aquells supòsits en els quals s'adopta una mesura definitiva que afecta directament algun dels béns comuns la divisió dels quals es pretén.

⁶ D'aquesta manera la interlocutòria de la Secció 1a de l'AP de Barcelona, número 74/2009, de 20 de febrer (JUR 2009/170634) que afirma en el seu fonament de dret segon *in fine* que "el debate que plantea el caso enjuiciado no gira en torno a las reglas sobre la competencia territorial relativa a acciones sobre bienes inmuebles, sino que al haberse indicado que los litigantes estaban unidos en matrimonio y que tenían pendiente un pleito de separación matrimonial, la división de los bienes que poseen en común y proindiviso debe resolverse, bien en el mismo procedimiento de separación, nulidad o divorcio, bien después de acabado el mismo, y ello de acuerdo con las normas procesales indicadas y en atención a lo preceptuado en el artículo 76 del Codi de familia, que considera objeto de regulación en el pleito matrimonial, las cuestiones referidas a la división de los bienes comunes, de acuerdo con lo que establece el art. 43 del mismo texto legal".

⁷ En aquest sentit la interlocutòria de l'AP de Barcelona, secció 18, número 147/2008, de 30 de maig (JUR 2008\266685).

⁸ En aquest sentit es pronuncien les Sentències de la secció 18a de l'AP de Barcelona de 17 de maig de 2002 y de la secció 12a de 29 de maig de 2002.

En el règim general del Codi Civil la competència per conèixer de l'acció de divisió de béns correspon al Jutjat de Primera Instància⁹. És a dir, coneixerà un òrgan judicial diferent a què va resoldre el procés de família i va adoptar les mesures definitives que poden afectar el procés de liquidació de la comunitat de béns.

Aquesta circumstància planteja una problemàtica derivada de la interrelació entre la liquidació de béns i les mesures definitives adoptades que afecta al bé comú, específicament ens referim a aquells casos en els quals s'hagi atribuït el seu ús a un dels cònjuges. En el procés posterior en el que es plantegi única i exclusivament la divisió de béns no podran modificar-se ni alterar-se les mesures adoptades a través de sentència ferma en el procés de família, ja que les mateixes estan protegides per l'eficàcia de cosa jutjada de la sentència en la qual es conté¹⁰. Així ho preveu l'article 222.4 LEC que estableix que "allò resolt amb força de cosa jutjada en la sentència ferma que posat fi a un procés vincularà al tribunal d'un procés posterior quan en aquest aparegui com a antecedent lògic del que sigui el seu objecte, sempre que els litigants d'ambdós processos siguin els mateixos o la cosa jutjada s'estengui a ells per disposició legal."

D'aquesta forma en el procés de divisió de béns iniciat posteriorment a la fermesa del procés matrimonial o l'adopció d'una mesura provisional l'Òrgan Judicial està vinculat per la mesura adoptada. Una qüestió diferent és si aquesta mesura tenia un termini de durada determinada, com pot ser el cas en el qual s'atribueixi l'ús exclusiu del bé durant un termini de temps. En aquest supòsit en el procés de divisió no es modifiquen les mesures ja adoptades, sinó que es limita a constatar que el termini ha transcorregut. En la resta de casos la divisió que es realitzi ha de respectar les mesures definitives adoptades en el procés de família¹¹. A més recordem que quan l'ús del bé s'atribueix a un dels cònjuges

⁹ D'aquesta manera la Sentència de l'Audiència Provincial de Madrid, secció 14^a, número 498/2008, de 22 de setembre (JUR 2009\28461).

¹⁰ La Sentència de la secció 18a de l'AP de Barcelona de 24 de febrer de 2005 (JUR 2006\228441) afirma que "En el supuesto que nos ocupa el uso del bien común que constituye la vivienda familiar ha sido atribuido a la esposa e hija menor, lo que no es obstáculo para proceder a la división de la cosa común que no afectará a la subsistencia de este derecho de uso el cual ha de mantenerse indemne, pues esta medida sólo podrá ser modificada por la voluntad de los interesados o por decisión judicial (sentencia del tribunal Supremo de 27-12-99), derecho inscribible en el Registro de la Propiedad mediante la correspondiente nota (ex. Artículo 2.2. Ley Hipotecaria)". En el mateix sentit s'ha pronunciat recentment la Sentència de la secció 12a de l'AP de Barcelona de 12 de març de 2009 (EDJ 2009\184460).

¹¹ En aquest sentit s'han pronunciat entre altres les Sentències del Tribunal Suprem de 27 de juny de 2007, de 8 de maig de 2006 y 28 de març de 2003, en la que s'indica que s'han de compaginar "los derechos del copropietario a pedir la división, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 400 CC y el mantenimiento de los derechos derivados del artículo 96 CC " admitiendo " la posibilidad de ejercicio de la acción de división si

per haver-li concedit la custòdia dels fills menors d'edat, la mesura no té caràcter dispositiu per al mateix. Pel que no es podrà renunciar a ell si no és acudint a un procediment de modificació de mesures, ja que afectaria als interessos de tercers com són els menors.

Una qüestió diferent es planteja en el règim del Codi Civil quan s'inicia el procés de divisió de béns mentre està pendent el procés matrimonial. Aquesta possibilitat no es planteja en aquells casos en els quals la comunitat derivi d'un règim econòmic matrimonial com és el de comunitat de béns. En aquest cas el Jutjat de Primera Instància seria incompetent objectivament per declarar la liquidació del mateix, ja que aquesta activitat ha de realitzar-se en l'àmbit del procés de família i és un dels continguts de les mesures definitives (art. 92 del Codi Civil). Tanmateix, sí que es pot produir quan el bé sigui privatiu i estigui en situació de comunitat de béns entre els cònjuges o el règim econòmic matrimonial sigui el de separació de béns.

Com pot observar-se ens trobem davant de dos processos:

- un procés de família del qual coneixerà el Jutjat de Família en aquells partits judicials on s'hagi implantat l'especialitat.

- i un de divisió de béns en el qual és competent el Jutjat de Primera Instància.

La dualitat de procediments pot provocar relacions de prejudicialitat del procés de família respecte del procés de divisió. Entenem que en aquest cas serà d'aplicació la previsió de l'article 43 LEC per als casos de prejudicialitat civil. En aquest cas concret entenem que la solució més adequada seria suspendre el procés de liquidació fins que s'obtingués una sentència en la qual s'acordaran mesures definitives.

Una altra opció seria acudir a l'acumulació de processos o d'accions. Però si no es preveu específicament aquesta possibilitat no serà possible perquè l'article 73.2 LEC preveu que perquè sigui admissible l'acumulació d'accions és precís "que les accions acumulades no

bien garantizando la continuidad del derecho de uso que pudiera corresponder en exclusiva a uno de los partícipes". Citada també per la Sentència de l'AP de Madrid, secció 14^a, número 498/2008, de 22 de setembre (JUR 2009\28461). En el mateix sentit s'ha pronunciat la sentència del TSJ de Catalunya, sala Civil i penal, de 24 de febrer de 2003 (JUR 2003\4577), analitzant l'evolució jurisprudencial del TS en aquesta matèria.

deguin, per raó de la seva matèria, ventilar-se en judicis de diferents tipus" ¹². Tampoc no seria possible en aquells partits judicials en els que s'hagin creat els Jutjats de Família a l'empara de la previsió de l'article 98 LOPJ i 46 LEC ja que "estendran la seva competència, exclusivament, als processos que es ventilin aquells, havent d'inhibir-se a favor dels altres tribunals competents, quan el procés versí sobre matèries diferents" (art. 46 LEC). Per l'aplicació d'aquest precepte no procedirà l'acumulació per ser el Jutjat de Família incompetent objectivament per conèixer del procés (art. 77.2 LEC)

Per això seria necessari que s'advertís en el procés de divisió la pendència del procés de família i es fes especial referència al mateix en la sentència que al seu dia es dicti perquè les mesures definitives que afectin al bé indivís siguin eficaces i oposables a tercers. Aquesta publicitat respecte de tercers també es produirà quan s'adopti una mesura provisional en la qual s'atorgui l'ús exclusiu del bé comú a un dels cònjuges i s'inscriui en el Registre de la Propietat.

Aquesta qüestió es resol en el Codi de Família i en el projecte del llibre II que es comenta en incloure en el contingut del conveni la divisió de béns comuns. Però aquesta regulació provoca una sèrie de repercussions de caràcter processal que motiven la creació d'una especialitat en el procediment.

En primer lloc el Jutjat competent objectivament per conèixer de la divisió de béns serà el Jutjat de Família¹³.

En segon lloc es planteja el procediment a través del qual pot introduir aquesta pretensió el cònjuge demandat en el procés matrimonial quan no ho hagués plantejat l'actor. L'article 73 del Codi de Família ho estableix com una mesura definitiva, igual com l'art. 233.-2.3.d) del projecte de llei de Llibre II del Codi Civil de Catalunya, pel que res no impedeix que el cònjuge demandat pugui formular reconvecció, que és la via processal prevista a l'article 770.2 LEC¹⁴.

¹² En un sentit similar per a l'acumulació d'accions es pronuncia l'art. 77 LEC.

¹³ Sentència de la secció 1ª de l'Audiència Provincial de Barcelona número 74/2009, de 20 de febrer (JUR 2009\170634).

¹⁴ En aquest sentit s'ha pronunciat la Sentència de l'Audiència Provincial de Barcelona, secció 12a, número 559/2009, de 28 de juliol (JUR 2009\416916) afirmant que "el artículo 43 del Codi de Família prevé la posibilidad de que en este tipo de procesos los litigantes puedan pedir la acción de división de la cosa común al disponer que "en los procedimientos de separación, divorcio o nulidad y de ejecución en el orden civil de

Una vegada obtinguda la declaració de la cessació del condomini, s'aplicarà el procediment previst als articles 806 i ss. LEC, ja que la jurisprudència l'ha considerat aplicable a la totalitat de supòsits de liquidació dels règims econòmics matrimonials, podent realitzar-se en el procés d'execució de la sentència matrimonial¹⁵.

La dificultat es plantejarà quan el procés de divisió de cosa comuna s'insti abans o després de l'inici del procés família. Si es realitza abans que sorgeixi la crisi matrimonial res no impedeix que es pugui exercitar en un procés declaratiu ordinari. No creiem que sigui aplicable el judici especial previst als articles 806 i ss. LEC, perquè no s'està realitzant la divisió de la comunitat per liquidar el règim econòmic matrimonial ja que el matrimoni subsisteix. Conseqüentment serà competent per conèixer el Jutjat de Primera Instància.

Quan la divisió es pretengui una vegada finalitzat el procés de família, creiem que tenint en compte que en la pretensió de la divisió de béns comuns regeix el principi d'oportunitat, les parts hauran d'acudir al procediment ordinari corresponent aplicant les regles de l'article 552 del Llibre V del Codi Civil de Catalunya i sent competent objectivament el Jutjat de

las resoluciones en que se declare la nulidad del matrimonio canónico o las decisiones eclesíasticas sobre matrimonio rato y no consumado (artículo 42 CF), de matrimonio sujetos al régimen de separación de bienes, cualquiera de los cónyuges podrá ejercer conjuntamente la acción de división de la cosa común respecto de lo que tengan en pro indiviso. Si los bienes afectados son más de uno o la autoridad judicial lo estima procedente, aquellos podrán ser considerados en conjunto, a los efectos de la división". De este precepto se deduce claramente que tanto por demanda como por reconvenición puede pedirse la división de la cosa común de los bienes de los que los litigantes sean copropietarios pro indiviso". En el mateix sentit es pronuncia en altres la Sentència de la secció 12a de l'AP de Barcelona de 30 de maig de 2008 (EDJ 2008\98876).

¹⁵ En aquest sentit Sentència de la secció 12^a de l'AP de Barcelona número 585/2009, de 2 de juliol (JUR 2009\418251) que afirma en el seu fonament de dret primer i.f. que "La masa común puede estar constituida por bienes afectados por el régimen de comunidad matrimonial de bienes (ad exemplum art. 1347, 1362 CC) , pero también por la constitución voluntaria de bienes adquiridos en copropiedad (art. 392) o en sociedad civil (art. 1670, 1672, 1673 CC), con la creación de responsabilidad patrimonial, art. 1911 CC) y por tanto no es requisito " sine qua non " para la aplicación de las reglas de procedimiento liquidatorio contenidas en los art. 806 a 811 de la LEC , que se trate de régimen de comunidad matrimonial de bienes. La misma dicción del párrafo segundo del art. 809 , in fine, al hablar del "régimen económico matrimonial de bienes de que se trate " y la expresión que contiene el art. 43 del C . de Familia , de poder ejercitar la acción de división en matrimonios sujetos al régimen de separación de bienes, para obtener la división de los bienes que tengan en "proindivisión", tanto si se trata de uno o de más de uno (considerados en conjunto), nos da la clave para resolver la cuestión; el procedimiento liquidatorio puede ser el de la LEC actual al que nos referimos, y dentro de la ejecución de sentencias matrimonial, tal como expresó la sentencia de Audiencia Provincial. Barcelona 6 abril 1989 , y recoge ahora el art. 807 LEC vigente) ; Y ello porque la mayoría de veces los esposos adquieren en forma conjunta y como cotitulares , derechos y obligaciones, bienes concretos en lo que se ha venido denominando comunidad "primaria" de bienes de consumo para la familia (vivienda, vehículos, electrodomésticos, suministros etc) obligándose en pro indiviso; lo cual ya es suficiente, dentro del espíritu de la Ley, para poder acogerse a las reglas de liquidación que comentamos".

Primera Instància. Només quan estigui pendent el procés matrimonial les parts poden decidir acumular-lo al mateix.

És important destacar l'aspecte anterior ja que l'expressió utilitzada pel precepte pot donar lloc a confusions. En aquest sentit l'art. 233-2.3 PCCC s'inicia indicant "si fos procedent". Aquesta expressió podria generar un problema d'interpretació ja que pot donar lloc a dubtes en relació si s'ha d'entendre en el sentit de "si les parts han exercitat l'acció" o bé, "si hi ha béns comuns". En aquest últim cas es podria arribar a pensar que en el cas que existeixin el jutge s'ha de pronunciar forçosament sobre els mateixos.

Entenem, i en l'àmbit d'aquest comentari, que seria convenient que s'eliminés aquesta expressió. És indubtable que ens trobem davant d'una pretensió de caràcter patrimonial en relació amb els cònjuges, per la qual cosa regeix el principi d'oportunitat al seu exercici.

Seria convenient que s'eliminés l'expressió per no generar dubtes respecte de la interpretació de la mateixa. Tenint en compte que la disposició del 233.2.3 d) del Projecte no està desenvolupada al llibre II del projecte, i amb la finalitat d'evitar dubtes interpretatius en la seva aplicació, seria convenient que es modifiqués en el sentit de remetre's en el cas de no exercitar l'acció al règim general.

L'eficàcia dels acords extrajudicials reguladors de la ruptura

Una altra acció que es pot acumular és la de l'eficàcia dels acords extrajudicials als quals haguessin arribat les parts per al cas de ruptura. Els mateixos es realitzaven a l'empara de la regulació dels capítols matrimonials dels articles 1425 i ss. del Codi Civil i dels articles 15 i següents del Codi de Família.

En ocasions els cònjuges pacten en l'àmbit dels capítols matrimonials, o posteriorment a la celebració de la ruptura, les conseqüències de les mateixes. Des d'un punt de vista pràctic s'ha plantejat l'eficàcia dels mateixos en el procés matrimonial en aquells aspectes que tinguin caràcter dispositiu i quin és el procediment adequat per exigir-los. En aquest cas concret hi ha una llacuna legal, ja que no hi ha cap norma del Codi Civil que els reguli, limitant-se el Codi de Família a incloure'ls com un dels possibles continguts afirmant que

"als capítols matrimonials poden determinar-se el règim econòmic matrimonial, convenir heretaments, realitzar donacions i establir les estipulacions i pactes lícits que es considerin convenients, fins i tot en previsió d'una ruptura matrimonial."

Aquesta possibilitat no està inclosa expressament als articles 1325 del Codi Civil, però s'ha admès com un dels possibles continguts dels mateixos.

Una qüestió que es planteja en relació amb els mateixos és la seva validesa i eficàcia. En aquest sentit hem de distingir en funció del pacte. Amb caràcter general no seran eficaços aquells pactes en previsió de la ruptura que regulin relacions indisponibles per a les parts, que generin situacions de desigualtat entre els cònjuges, que perjudiquin a tercers o que siguin contraris a l'ordre públic.

Sobre la disponibilitat o no de les relacions entre els cònjuges ens remetem a allò que s'ha indicat anteriorment en analitzar la naturalesa de les diferents pretensions que amb caràcter necessari s'han d'incloure en el procés matrimonial. Quan ens trobem davant d'una matèria dispositiva serien aplicables els límits indicats anteriorment; és a dir, no poden perjudicar a tercers, a les parts, ni ser contraris a l'ordre públic.

La següent qüestió que es planteja és l'eficàcia i el mecanisme per fer-ho valer. Si les parts arriben a un acord sobre el contingut del conveni que modifica els pactes en previsió de la ruptura als quals haguessin arribat, no hi haurà cap inconvenient. La dificultat es plantejarà quan un dels cònjuges al·legui la ineficàcia de l'esmentat pacte i pretengui adoptar unes mesures definitives diferents a les pactades en un pacte en previsió de la ruptura o en un conveni no ratificat judicialment ¹⁶. En aquest cas l'Òrgan Judicial podrà valorar lliurement les circumstàncies concretes i la validesa dels pactes extrajudicials.

¹⁶ Aquests acords són vàlids i vinculen a les parts en virtut del principi d'autonomia de la voluntat, no sent necessària l'homologació judicial (ROCA, ENCARNA en *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, a "Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol", volum II, València, 2006, p. 2128). En el mateix sentit PAZ ARES afirma que l'homologació judicial "es dirigeix a controlar, fonamentalment, el no perjudici als cònjuges, i fonamentalment, als fills". Des d'aquesta perspectiva els confereix el valor de marcar "la decisió judicial excepte que s'aprecii alteració de les circumstàncies de fet o que els seu contingut sigui perjudicial pels fills, en la mesura que reflexen la concordant voluntat dels cònjuges en un moment determinat" (la traducció és nostra) (a *Previsiones capitulares*, a "Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia", febrer de 2008, versió electrònica generada per VLEX., pp. 107 i 108).

Aquesta previsió ja existia en el Codi de Família, que regulava a l'article 15 la possibilitat que s'incloguessin pactes en previsió d'una ruptura matrimonial als capítols matrimonials, podent atorgar-se abans o després de la celebració del matrimoni. Aquesta possibilitat no es contempla expressament en el Codi Civil, però la doctrina¹⁷ i la jurisprudència¹⁸ han permès que es pacti en l'àmbit dels capítols matrimonials.

La novetat del projecte del Llibre II del Codi Civil de Catalunya és que no solament preveu la possibilitat que es puguin pactar en capítols matrimonials, sinó que regula la forma i contingut del mateix. Concretament el Projecte de Llibre II del Codi Civil de Catalunya regula els pactes en previsió de la ruptura matrimonial als següents articles:

- A l'article 231-20 regula els pactes prematrimonials abans de la ruptura.
- A l'article 233.5.1 b) regula els acords extrajudicials una vegada produïda la ruptura.

Finalment l'article 233-5.1 PCCC permet acumular l'acció per exigir el seu compliment a la de nul·litat, separació o divorci, podent sol·licitar-se la seva incorporació a les resolucions

¹⁷ Veure per tots LACRUZ BERDEJO, a *Capitulaciones matrimoniales y estipulación capitular*, a "Estudios de Derecho Privado Común y Foral", tom II, gener 1993, pp. 3 i ss.; ROCA (op. Cit., pp. 2107 i ss.); MORENO-TORRES HERRERA, a *Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales*, a "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", número 634, juny 1996, pp. 849 i ss.; PEREZ SANZ, a *Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 21 de octubre de 1982*, a "Anales de la Academia Matritense del Notariado", tom XXVI, gener 1987, versió electrònica generada por VLEX; BAYOD LÓPEZ, a *Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial*, a "Revista Crítica de Derecho Inmobiliario", número 262, gener-febrer 1995, pp. 129 i ss.; GONZALEZ DEL POZO, a *Acuerdos y contratos prematrimoniales*, a "El Derecho", EDO 2008\118582.; i ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, a *Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal*, "Economist&Jurist", març 2009, pp. 18 i ss.

¹⁸ Entre altres la Sentència número 372/2004, de la secció 12a de l'AP de Barcelona, ponent José Luís Valdivieso (JUR 2004\208199) confereix plena validesa a un conveni extrajudicial no ratificat judicialment, afirmant que l'única excepció seria que s'hagués pactat una condició per la que només seria vàlid si es ratifiqués; la Sentència número 65/2003 de la secció 5a de l'AP de Zaragoza de 7 de febrer (JUR 2003\67333) afirma al resoldre aquesta qüestió que "la jurisprudencia es unánime al considerar que pese a su naturaleza privada y su no homologación judicial, son perfectamente válidos y obligatorios entre los cónyuges suscribientes, a tenor del principio de libertad de pacto del art. 1255 CC () , siempre y cuando reúnan las requisitos de consentimiento, objeto y causa del art. 1261 Código Civil y cuando decidan sobre materias disponibles, es decir, que no estén sometidos a criterios de orden público. En esta línea, [SSTS de 26-1-1993 \(RJ 1993, 365 \)](#) , [7-3-1995 \(RJ 1995, 2151 \)](#) , [19-12-1997 \(sic \)](#), [21-12-1998 \(RJ 1998, 9649 \)](#) y [15-2-2002 \(RJ 2002, 1619 \)](#) y Res. D.G.R.N. de 10-11-1995 ([RJ 1995, 8086](#)) y 1-9-1998 (RJ 1998, 6593). De esta forma, como señala la S.A.P de Barcelona, Sección 18ª, de 22-10-1999, para modificar los contenidos de todo convenio matrimonial ha de darse un cambio sustancial de las circunstancias con posterioridad al Convenio, que ha de prever aquello que es normalmente previsible por las partes. O, en otro caso, impugnar su validez en atención a los vicios que en su otorgamiento concurrieron".

sobre mesures provisionals, si fos necessari, i a la sentència. Des d'un punt de vista pràctic l'acumulació implicarà que el cònjuge demandat pugui oposar la nul·litat o ineficàcia de la totalitat dels pactes o d'alguns d'ells.

L'al·legació de l'eficàcia només es produirà en el procés contenciós que es tramita com un judici verbal amb contestació per escrit. Si es pretén incorporar les mesures provisionals la tramitació és diferent i no es produeix la contestació per escrit, sinó en el mateix acte.

La possibilitat d'al·legar l'eficàcia d'un pacte realitzat en previsió de la ruptura o una vegada produïda aquesta introdueix una complexitat addicional al procés de família, ja que en el mateix l'òrgan judicial haurà de decidir sobre l'eficàcia del mateix.

En principi el contingut dels pactes matrimonials en previsió de la ruptura pot ser el mateix que el d'un conveni. Si la finalitat és regular les conseqüències de la ruptura les parts poden arribar als mateixos acords. Les limitacions del mateix són idèntiques a la del conveni matrimonial; és a dir no poden ser contraris a l'ordre públic, perjudicar a tercers o crear situacions de desigualtat entre els cònjuges.

Com hem indicat la doctrina i la jurisprudència han permès els pactes en previsió de la ruptura a l'empara de la regulació dels capítols matrimonials, però no està sotmès als mateixos requisits. Així no s'exigeix la documentació en escriptura pública i en la seva eficàcia s'aplica la teoria general dels contractes.

La regulació proposada en el projecte de Llei del Llibre II de Catalunya exigeix el compliment d'una sèrie de requisits:

- Si és un pacte en previsió de la ruptura al qual s'ha arribat abans que es produeixi la ruptura s'exigeix que consti en escriptura pública (art. 231.20) i:

- o Si es realitzen abans de la celebració del matrimoni només són vàlids si s'atorguen almenys 30 dies abans de la celebració del matrimoni.

- o El notari ha de fer el judici de capacitat i informar a cada un dels cònjuges separadament sobre els canvis que pretenen introduir respecte del règim legal

supletori i advertir-los del deure de proporcionar a l'altre cònjuge informació sobre el seu patrimoni, ingressos i previsibles expectatives econòmiques, sempre que fos rellevant per al contingut del pacte (art. 231-20.4).

- Si és un pacte que es realitza una vegada produïda la ruptura matrimonial d'acord amb l'article 233-5 és necessari que cada cònjuge actuï amb assistència lletrada independent. En cas contrari es pot deixar sense efecte durant els tres mesos següents a la data del seu atorgament i com a màxim fins a la contestació a la demanda o, si procedeix, de la reconvenió en el procés matrimonial en el que es pretén fer valer.

Els límits dels pactes són els mateixos que respecte del conveni. La doctrina ha distingit en funció del contingut¹⁹ :

- No pot afectar el règim econòmic matrimonial primari ja que ens trobem davant de normes d'*ius cogens*. En aquesta categoria s'inclou l'aixecament de les càrregues familiars, les litisexpenses i l'habitatge conjugal entre d'altres.
- En les relacions horitzontals el límit és no crear cap situació de desigualtat entre els cònjuges.
- En les relacions verticals els acords han de ser adequats per a l'interès dels menors.

Amb caràcter general els pactes no poden perjudicar a tercers ni ser contraris a l'ordre públic. A més es pot impugnar la seva eficàcia s'han alterat les circumstàncies econòmiques que existien en el moment de realitzar el pacte²⁰.

¹⁹ Veure extensament O'CALLAGHAN (a *Compendio de Derecho Civil*, tom 4, 2001, versió electrònica), ROCA (op. Cit., pp. 2128 i ss.), PAZ ARES (op. Cit., pp. 117 i ss.), FEMINIA LÓPEZ (a *El régimen económico del Matrimonio*, 2005, pp. 126 i ss.) o ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, op. cit, pp. 18 i ss.).

²⁰ Veure extensament GASPARD LERA, SILVIA a *La Ordenación de la economía familiar. Cuestiones y tendencias*, a "EDJ 2007/130", versió electrònica. Especialment nota 30 en la que s'indica que un dels continguts típics d'aquest tipus de pacte es la renúncia a la compensació per desequilibri econòmic. A la nota 37 realitza un anàlisi de la jurisprudència existent i conclou que la major part de les impugnacions es basen en l'absència o existència de vicis del consentiment en el cònjuge renunciant. Conclou que "La aplicación en esta sede de la teoría general del negocio jurídico autoriza a invocar la doctrina de la alteración esencial de las bases objetivas del convenio suscrito entre los cónyuges –*rebus sic stantibus*– para justificar su ineficacia sobrevenida" (pàgina 14 de la versió electrònica).

El que serà normal és que si s'han pactat les conseqüències de la ruptura matrimonial, es presenti una demanda de divorci o separació de mutu acord. En tot cas pot no ser així, amb la qual cosa el projecte permet que s'acumuli l'acció per exigir el compliment a la nul·litat, separació o divorci. Aquesta opció també és lògica i ja es produeix en els processos de família malgrat que no existeixi la previsió legal. La dificultat es planteja quan la possibilitat d'exercitar l'acció implica que es pugui al·legar la nul·litat o ineficàcia del conveni extrajudicial.

Això implica una major complexitat del judici verbal en el qual s'ha de resoldre:

- La pretensió matrimonial.
- Les pretensions econòmiques entre els cònjuges.
- Les pretensions relacionades amb els fills menors.
- La divisió judicial de béns.
- La ineficàcia dels pactes extrajudicials als que s'haguessin arribat, bé abans o després de produïda la ruptura.

Davant de la pretensió de la part actora de fer valer el pacte i acumular l'acció, el demandat podrà al·legar en la contestació a la demanda la nul·litat o ineficàcia del pacte. En aquest cas l'article 408 LEC preveu que "si el demandat adduís en la seva defensa fets determinants de la nul·litat absoluta del negoci en què es funda la pretensió o pretensions de l'actor i en la demanda s'hagués donat per fet la validesa del negoci, l'actor podrà demanar al Tribunal, que així ho acordarà mitjançant providència, contestar a l'al·legació referida en el mateix termini establert per a la contestació a la reconvenció".

Per al cas del judici verbal, que és al que es remet el procés de família contenciós, no existeix una previsió similar. Però l'article 770.2 regula la reconvenció, limitant-la a una sèrie de pretensions, entre les que es troba, que no haguessin estat sol·licitades en la demanda, i sobre les quals el tribunal no hagi de pronunciar-se d'ofici".

En la major part dels supòsits la pretensió de declaració de nul·litat o ineficàcia d'un pacte extrajudicial que reguli els efectes de la ruptura, implicarà la sol·licitud d'una mesura diferent a la demanada per l'actor. Aquesta s'haurà d'articular a través de la reconvenió, llevat que es pugui adoptar d'ofici pel Tribunal. En aquest cas la forma de plantejar-la serà en la contestació a la demanda advertint que es pot adoptar d'ofici.

Una qüestió diferent és quines mesures poden ser adoptades d'ofici pel Tribunal. L'article 233-2 preveu quins són les mesures definitives que es poden proposar al conveni regulador i l'article 233-4 sembla atorgar un marge d'actuació a l'òrgan judicial en establir que " Si el cònjuge pretén demandar la nul·litat del matrimoni, el divorci o la separació judicial sense consentiment de l'altre, o ambdós cònjuges no arribin a un acord en relació al contingut del conveni regulador, l'autoritat judicial ha d'adoptar les mesures definitives que procedeixin d'acord amb el resultat de les proves practicades".

Per delimitar quan el Jutge pot adoptar una mesura definitiva d'ofici, cal tenir en compte la naturalesa de la pretensió que afecta. Quan aquesta tingui caràcter dispositiu per a les parts no podrà acordar-la d'ofici, com és el cas de les relacions econòmiques entre els mateixos. Tanmateix, quan tingui caràcter indisponible podrà acordar-la com és el cas de les pretensions relacionades amb els fills.

Des d'aquesta perspectiva l'al·legació de la nul·litat o ineficàcia d'un pacte extrajudicial es realitzarà amb la finalitat de proposar una mesura diferent a la pactada. Per això haurà de formular-se com a excepció, ja que l'article 770.2 LEC no ho permet com a reconvenió, i proposar-se la nova mesura que substitueixi a d'anterior a través de la reconvenió. Tanmateix, si es tracta d'una mesura que pot ser adoptada d'ofici pel Tribunal (les que afecti als fills menors) s'haurà de formular en la contestació a la demanda.

En aquest cas el dubte que es planteja és si s'aplica analògicament l'article 408 LEC. És a dir, si l'actor pot sol·licitar que se li doni el termini per contestar a l'al·legació de nul·litat.

La finalitat del legislador en remetre's al judici verbal és aconseguir una major agilitat procedimental. A causa de la complexitat de les matèries que es podien plantejar en el procés de família es va optar per introduir una especialitat procedimental com és la

contestació per escrit. Si no s'hagués modificat en aquest apartat la contestació s'hagués realitzat de forma oral a l'inici de l'acte del judici verbal i la reconvecció s'hagués hagut d'interposar cinc dies abans del dia del judici (art. 438 LEC).

La remissió que es realitza a l'article 770.1 LEC és als tràmits del judici verbal amb les especialitats que enumera a continuació, entre les que no s'inclou cap referència a l'al·legació de nul·litat o ineficàcia d'un conveni extrajudicial i el seu tractament conforme al previst a l'article 438 LEC. Hem de distingir la causa d'ineficàcia:

- Si és una causa d'anul·labilitat s'ha d'interposar a través de reconvecció, per la qual cosa no genera cap problema de procediment.
- Si és una causa de nul·litat es pot exercitar a través d'una excepció reconveccional que s'haurà d'articular en la contestació a la demanda.

En el segon cas la part actora pot sol·licitar l'aplicació de l'article 408 LEC *mutatis mutandi* per no generar-li indefensió, tal com s'està permetent actualment en el judici verbal.

Tot això sense perjudici que a l'inici del judici verbal pugui oposar-se a la mateixa realitzant les al·legacions que consideri oportunes i proposant la prova pertinent, a més d'aportar la prova documental que estimi convenient per fundar-les a l'empara del previst a l'article 266.3 LEC.

L'aprovació del conveni regulador.

El conveni regulador és un dels continguts de la demanda. El Jutge ha d'examinar-lo i pot rebutjar la seva aprovació si "són danyosos per als fills o greument perjudicial per a algun dels cònjuges" (art. 90.2 CC). La primera limitació és lògica perquè, com ja bamp veure, els fills són tercers sobre els drets del qual els cònjuges no tenen poder de disposició. El segon límit d'aquest precepte ofereix dificultats pràctiques de valoració, amb la qual cosa serà l'Òrgan Jurisdiccional el que ho determinarà en cada cas concret.

L'òrgan jurisdiccional per valorar el perjudici que pot ocasionar a algun dels cònjuges el conveni matrimonial proposat els ha de sentir. En tractar-se d'una pretensió econòmica entra dins del seu poder de disposició²¹, per la qual cosa estímem que malgrat la dicció d'aquest precepte l'òrgan jurisdiccional estarà vinculat per l'opinió dels interessats. En aquest sentit s'ha pronunciat el TS en dotar d'eficàcia vinculant als actes dispositius relacionats amb la pretensió econòmica en els processos matrimonials²².

De tota manera hem de tenir en compte que aquesta conclusió és vàlida per a aquelles pretensions que tenen un caràcter disponible per a les parts²³.

L'aplanament no serà vinculant quan es tracti d'una qüestió d'ordre públic com són els aliments.

A continuació analitzarem específicament l'aprovació del pla de parentalitat, prestant una especial atenció a la intervenció dels Equips Tècnics Judicials en el procés de família i a la prova pericial.

La intervenció de l'Equip tècnic judicial.

6.1 Introducció.

El projecte de llei del Llibre segon del Codi Civil de Catalunya, relatiu a la persona i la família, regula als articles 233-8 a 233-13, que estan inclosos a la secció 2, sota el rètol "Cura dels fills", del Capítol 3 ("els efectes de la nul·litat del matrimoni, del divorci i de la separació judicial") del Títol 3 ("La família"), els efectes de la crisi conjugal en la cura dels

²¹ En aquest sentit SSTS de 22 de abril de 1997 i de 12 de febrer de 1991.

²² STS de 26 de gener de 1993, de 4 de desembre de 1985, de 13 de octubre de i de 17 de juny de 1944. La Sentència de la Audiència Provincial de Castelló de 26 de juny de 1993 afirma que "sobre el estado matrimonial no cabe el allanamiento, pero sí sobre las consecuencias de naturaleza puramente patrimonial que puedan derivarse de las cuestiones matrimoniales, porque al revestir carácter privado no afectan al orden social ni al interés público".

²³ Com per exemple la petició d'aliments en el procés de separació o de pensió compensatòria, no obstant no cabrà sobre els aliments futurs (a sensu contrario art. 151.2 Cc).

fills. A continuació es regula la intervenció de pèrits, l'Equip Tècnic Judicial i del Punt de Trobada Familiar en les disposicions addicionals 7a, 8a i 9ª.

Els esmentats preceptes són aplicables també a l'extinció de la parella estable per la remissió expressa que realitza la disposició addicional 6a que remet la tramitació dels processos matrimonials prevista en la LEC i l'article 234-7 als articles 233-8 a 233-13.

6.2 Regulació.

L'article 233-8 es retola sota la denominació "Cura dels fills", s'estructura en 5 apartats, i en ell es regula la intervenció dels pèrits. Concretament:

- 1) En aquest apartat es recorda que la crisi conjugal no eximeix els progenitors de seua obligacions cap als fills.
- 2) En aquest apartat s'obliga als cònjuges a presentar una proposta del "pla de parentalitat", i indica que el Jutge ha de tenir en compte de forma prioritària l'interès del menor per decidir el règim de custòdia i la relació dels fills amb el progenitor amb qui no convisquin habitualment.
- 3) En aquest apartat es preveu que es presenti la proposta del pla de parentalitat, remetent-se al previst a l'article 233-9.
- 4) s'estableix que l'opinió del menor serà tinguda en compte en la resolució, i per a això l'òrgan judicial pot sol·licitar el suport de l'exploració dels equips tècnics.
- 5) Finalment es regula la intervenció del Ministeri Fiscal a través de l'informa en garantia de l'interès del menor.

L'article 233-9 regula el contingut del pla de parentalitat. Concretament ha de d'indicar la forma exercir les seves responsabilitats i de prendre les decisions en el que fa referència a la cura i educació dels fills, el lloc o llocs en els quals viuran habitualment, el règim de relació en els períodes de temps en què els progenitors no tinguin els fills amb ells i les

tasques que exerciran cada un d'ells. L'apartat segon preveu que l'autoritat judicial pot sol·licitar a l'Equip Tècnic de Suport Judicial que valori la idoneïtat de les propostes del pla de parentalitat. Aquest precepte és criticable perquè no regula la intervenció dels advocats en l'esmentada valoració, tal com s'exposarà posteriorment.

L'article 233-10 regula els criteris que ha de tenir en compte l'òrgan judicial per determinar el règim de custòdia en cinc apartats:

- 1) El primer preveu que la custòdia dels fills s'atribueixi en la forma convinguda pels cònjuges en el pla de parentalitat, llevat que resulti perjudicial.
- 2) El segon regula la forma d'actuar en cas d'inexistència d'acord o si no és aprovat el presentat, preveient que intentarà mantenir-se la custòdia compartida regulant la forma d'exercitar-la i atenent als informes dels especialistes dels equips tècnics judicials.
- 3) En relació amb els aliments preveu que l'atribució de la custòdia no altera el contingut de l'obligació d'aliments, però es pot ponderar el temps de permanència dels menors amb cada un dels progenitors i les despeses que assumeixin directament cada un d'ells per quantificar-los.
- 4) En aquest apartat es preveu que no s'atribuirà la custòdia al progenitor quan existeixin indicis racionals d'haver comès actes de violència familiar o masclista dels quals els fills hagin estat o puguin ser víctimes directes o indirectes.
- 5) Finalment es preveu que excepcionalment es pot atribuir la custòdia als avis o altres parents, persones pròximes o institució idònia.

L'article 233-11 regula els criteris per determinar el règim de custòdia i la forma d'exercir-la. En el seu apartat primer preveu els següents criteris:

- La vinculació afectiva entre els fills i cada un dels progenitors, a més d'ambo les persones que convisquin al mateix domicili.

- L'aptitud dels progenitors per garantir el benestar dels fills i la possibilitat de donar-los un entorn adequat i d'acord amb la seva edat.
- L'actitud de cada un dels progenitors per cooperar amb l'altre a fi d'assegurar la màxima estabilitat als fills i a les relacions amb els dos.
- El temps que cada un dels progenitors havia dedicat a l'atenció dels fills abans de la ruptura i les funcions que realment feia.
- L'opinió dels fills.
- Els acords que en previsió de la ruptura van ser adoptats fora del conveni abans del procediment.
- La ubicació dels domicilis dels progenitors, els horaris y activitats dels fills i des pares.

Finalment es preveu que no es separaran els germans excepte que concorrin circumstàncies que ho justifiquin.

L'article 233-12 regula la possibilitat que s'estableixi un règim de visites amb els avis i germans més grans d'edat. Aquests poden exigir el compliment del previst, a més de tenir acció directa per reclamar-ho quan no s'hagués previst en la sentència de separació o divorci.

L'article 233-13 regula la supervisió del règim de visites:

- En el seu apartat primer desenvolupa la possibilitat de què la relació del menor amb el progenitor no custodi o amb la família "extensa" es realitzi en determinades condicions que assegurin la seguretat i estabilitat emocional del menor.
- En el seu apartat segon preveu que en absència de familiars idonis la supervisió es

pot confiar a la xarxa de serveis socials quan hi hagi una situació de risc social o a un Punt de Trobada Familiar.

En el projecte es regula en la disposició addicional 7a l'emissió dels dictàmens pericials relatius al règim d'exercici de la responsabilitat parental. En l'esmentada disposició addicional s'estableix la següent regulació:

- En l'apartat primer es regula l'objecte del dictamen pericial que és "esbrinar o apreciar l'existència en el menor, o en algun dels progenitors o en altres membres de la família, d'una malaltia mental o d'anomalies de conducta que incideixin o interfereixin en les relacions familiars, en ordre a l'establiment del règim de custòdia i de les visites. També poden tenir com objecte l'adequada comprensió del sistema de relacions personals existents en la família o en els nous nuclis als quals el menor s'hagi d'integrar, així com de les mesures de seguiment que sigui procedent implantar per garantir el dret dels menors a mantenir la normalitat en la relació amb els seus".

- L'apartat segon regula l'aportació de part del dictamen pericial, preveient que tindrà el mateix valor que l'amés per pèrits designats per l'Òrgan Jurisdiccional o per l'Equip Tècnic Judicial quan s'hagi seleccionat d'una manera que garanteixi l'objectivitat, la imparcialitat i la capacitat tècnica.

- L'apartat tercer estableix el deure dels cònjuges o integrants de la parella de col·laborar amb els pèrits designats en la forma indicada, preveient com a sanció en cas de no col·laborar que no podran sol·licitar la designació d'un pèrit judicial amb càrrec als pressuposts de l'administració de Justícia.

- L'apartat quart regula la designació d'un pèrit judicial entre els especialistes de l'Equip Tècnic de suport judicial, de la clínica mèdica forense o dels col·legis professionals.

- L'apartat cinquè atorga la qualitat d'auxiliars del Jutge als especialistes integrats als Equips Tècnics Judicials i estableix l'obligació de col·laborar, exigint l'autorització judicial quan la informació requerida faci referència al secret professional.

S'ha descrit la regulació del projecte de Llei. A continuació analitzarem la intervenció dels especialistes en el procés de família de conformitat amb la nova regulació proposada.

6.3 *Naturalesa de l'Equip Tècnic Judicial.*

La disposició addicional setena, en el seu apartat cinquè, preveu que l'Equip Tècnic Judicial és un auxiliar dels Tribunals. Segons la nostra opinió és indiscutible que teòricament es configura com a tal. El problema pràctic que s'ha plantejat és que és una figura no prevista legalment ni desenvolupada reglamentàriament, la qual cosa ha conduït que es generessin situacions d'indefensió. Sobretot en aquells supòsits en els quals eren designats com a pèrits o quan intervenia aportant un dictamen pericial sense que hagués estat requerit per a això.

Al marge dels problemes pràctics que s'han plantejat és cert que en el seu origen l'Equip Tècnic Judicial va ser creat per auxiliar a l'Òrgan Judicial i facilitar-li els coneixements especialitzats dels quals mancava per realitzar correctament l'exploració del menor. Una figura analògica al mateix seria la del metge forense que actua com a pèrit en aquells casos en els quals és requerit.

El problema es planteja perquè és un òrgan administratiu mancat de regulació i que s'ha arrogat una sèrie de funcions en els processos de família no previstes legalment.

Per això, sense perjudici que posteriorment analitzem la intervenció en el procés de família, estem d'acord en la seva consideració com a auxiliars del Jutge. Com a tals s'han de sotmetre en la seva regulació la previsió del Llibre IV de la Llei Orgànica del Poder Judicial. Per això perquè l'actuació dels mateixos sigui des d'un punt de vista processal adequada és necessari que se sotmetin als requisits establerts en els esmentats preceptes. És a dir, és imprescindible que es reguli la naturalesa i funcions de l'Equip Tècnic Judicial de forma similar a com es realitza amb els metges forenses a l'article 479 LOPJ i al Reial Decret 296/1996, de 23 de febrer, pel qual s'aprova el Reglament Orgànic del Cos de Metges Forenses. Si bé estimem que no és necessari que es regulin les bases essencials en la Llei Orgànica del Poder Judicial, encara que sí aconsellable, és

imprescindible que es reguli reglamentàriament respectant les exigències dels articles 473 i 474 LOPJ.

Al marge d'això l'article 479 LOPJ preveu que els cossos auxiliars de l'administració de Justícia tenen caràcter nacional, per la qual cosa la Generalitat de Catalunya no té la competència legislativa per regular-lo. A més ens trobem davant d'una especialitat que no deriva del dret especial, sinó de la matèria. Tot això s'acredita amb la simple constància de la creació dels Equips Tècnics Judicials a instàncies del Consell General del Poder Judicial.

6.4 Funcions de l'Equip Tècnic Judicial.

En la regulació proposada hi ha prevista la intervenció de l'Equip Tècnic Judicial en els següents casos:

- Com a suport de l'Òrgan Judicial en l'exploració del menor perquè expressi la seva opinió (art. 233-8.4 del projecte).
- Per designar un especialista a instàncies de l'Òrgan Judicial entre els seus membres (disposició addicional 7a. 3 del projecte).
- Es preveu que l'Òrgan Judicial pot delegar en l'Equip Tècnic Judicial el seguiment de les mesures establertes en les resolucions judicials respecte al compliment del règim de visites i l'evolució de les visites als Punts de Trobada Familiar (disposició addicional 8a).

S'ha indicat anteriorment que l'Equip Tècnic Judicial té la consideració d'auxiliar del Jutge. En l'esmentada condició es regula la seva intervenció en les tres formes indicades.

Respecte de l'exploració del menor la funció de l'Equip Tècnic Judicial és auxiliar a l'Òrgan Judicial perquè conegui la real voluntat del menor. L'article 233-8 apartat 4 del Projecte es limita a indicar que l'Òrgan Judicial pot demanar el suport en l'exploració dels Equips Tècnics. És a dir, ens trobem davant d'un mitjà de prova com és l'exploració del menor

regulada específicament per al procés de família a l'article 770.4 LEC. Per això el precepte del Projecte s'ha de complementar amb el previst en la Llei d'Enjudiciament Civil interpretant que els especialistes de l'article 770.4 LEC són els membres dels Equips Tècnics Judicials.

En segon lloc preveu la intervenció de l'Equip Tècnic Judicial per designar un especialista per elaborar un informe pericial. Ens remetem al següent apartat on desenvoluparem el dictamen pericial previst en aquest precepte en les seves diverses modalitats.

Finalment preveu que l'òrgan judicial pot realitzar el "seguiment" de les mesures establertes en les resolucions judicials respecte del règim de visites i l'evolució de les visites als Punts de Trobada Familiar. Ens remetem al següent apartat on desenvolupem l'execució de les mesures adoptades per l'òrgan judicial.

6.5 *El dictamen pericial.*

Un dels aspectes més problemàtics que ha generat des d'un punt de vista pràctic el procés de família va ser la creació dels Equips Tècnics Judicials i l'arrogació de funcions que ha realitzat els seus integrants generant dictàmens pericials al marge del previst en la LEC i que ha generat situacions d'indefensió a les parts en el procés.

La regulació proposada aborda aquesta problemàtica, però ho fa només per "legalitzar" la pràctica que en alguns casos es realitza.

De forma esquemàtica el dictamen pericial en el procés de família en el Projecte es regula de la següent forma:

6.5.1 El dictamen pericial de part extrajudicial.

La disposició addicional 7a regula en el seu apartat segon l'aportació dels dictàmens pericials de part extrajudicials. El marc legal dels mateixos ve determinat pels articles 336 i ss. LEC.

A l'article 336 LEC es regula amb caràcter general que les parts hauran d'aportar els dictàmens junt amb la demanda, havent de justificar la impossibilitat de realitzar-lo per poder aportar-lo posteriorment (art. 337 LEC). En tot cas s'ha d'aportar abans de la vista del judici verbal, que recordem que és l'aplicable als processos de família (arts. 770 i ss. LEC).

La problemàtica que s'ha suscitat des d'un punt de vista pràctic és que en alguna ocasió els Tribunals sol·liciten dictàmens pericials a l'empara de l'article 770 regla quarta LEC o els Equips Tècnics Judicials intervenen directament en aquests processos realitzant una activitat paral·lela a les actuacions judicials i aportant les seves conclusions a l'Òrgan Judicial en forma de dictamen pericial. Aquesta situació ha estat denunciada en múltiples ocasions, però la judicatura ha acceptat l'esmentada pràctica qualificant-la d'una especialitat dels processos matrimonials i acollint el dictamen pericial emès per l'Equip Tècnic Judicial en considerar que és objectiu i independent.

L'origen d'aquesta pràctica es troba que l'òrgan judicial "desconfia" d'aquests dictàmens pericials de part en considerar que els pèrits de part no són independents. Per això el projecte intenta resoldre aquesta qüestió permetent que les parts els sol·licitin un Col·legi Professional o entitat reconeguda per l'administració de Justícia que tingui establert un cens d'especialistes. Si la part acudeix a aquest sistema de designació el legislador presumeix l'"objectivitat i imparcialitat" del pèrit i els concedeix un especial valor.

A més el legislador preveu que la part contrària ha de col·laborar en l'emissió del dictamen pel pèrit així designat, sancionant-lo amb no poder sol·licitar una perícia judicial amb càrrec als pressuposts de l'administració de Justícia en cas de no fer-ho.

Aquesta regulació ens sembla criticable pels següents motius:

- Distinció entre el peritatge judicial i extrajudicial.
- Dificultats de resolució de les controvèrsies que sorgeixen en relació amb:
 - o La qualificació del pèrit.

o La delimitació de l'objecte de la perícia.

o La intervenció de les parts en la realització de la perícia.

- Valoració del dictamen pericial.

- Possibilitat de les parts d'aportar el dictamen pericial i sol·licitar la perícia judicial.

En primer lloc el legislador intenta dotar de les garanties en la designació prevista per a la designació judicial de pèrit al que és una perícia de part. A més el realitza de forma parcial ja que presumeix la "independència", però no preveu que pugui tatxar-me aquests pèrits (recordem que l'article 334 LEC només preveu la possibilitat de recusar el pèrit designat judicialment). A més no regula el pagament del cost del mateix, que lògicament es realitzarà directament entre la part que aporta l'esmentat dictamen pericial i el pèrit.

És a dir, amb el sistema proposat no es garanteix la independència ja que el sistema de nomenament tan sols constitueix un dels mecanismes però no l'únic.

En segon lloc la regulació proposada genera múltiples dubtes. En primer lloc sobre la qualificació del pèrit. L'article 340 LEC preveu que "els pèrits hauran de posseir el títol oficial que correspongui a la matèria objecte del dictamen i a la naturalesa d'aquest. Si es tractés de matèries que no estiguin compreses en títols professionals oficials, hauran de ser nomenats entre persones enteses en aquelles matèries".

Des d'un punt de vista pràctic en el procés de família poden intervenir un ampli elenc d'especialistes. A més s'ha produït una confusió en la intervenció d'uns i altres a causa que els Equips Tècnics Judicials estan integrats de forma heterogènia pels esmentats professionals i els informes eren elaborats de forma indiferent per uns i per altres, sense que s'indiqués ni la persona ni la qualificació professional de l'emissor. Per això entenem que resulta imprescindible que es realitzi una enumeració dels professionals que poden intervenir i les capacitats dels mateixos. En cas contrari es mantindrà la situació actual en el que el dictamen emès per un treballador social pertanyent a un Equip Tècnic Judicial és

determinant de l'atribució de la guarda i custòdia per les valoracions de caràcter psicològic que introdueix en el mateix d'una forma gratuïta.

Davant dels dubtes generats seria necessari que es regulessin les funcions dels diferents especialistes que intervenen en el procés de família. Des d'un punt de vista de tècnica legislativa entenem que una llei com la proposta no és el lloc per realitzar-lo, però es pot aprofitar la disposició addicional 7 per delimitar a manera exemplificativa les esmentades funcions. Sobretot quan la llei reconeix que els dictàmens emesos per pèrits designats objectivament tindran un especial valor i amb el fet que molts òrgans judicials assumeixen de forma acrítica els informes emesos pels Equips Tècnics.

En relació amb la qüestió plantejada la regulació proposada no soluciona el problema de com es resol el conflicte en el cas que la part contrària no estigüés d'acord amb la qualificació del pèrit. La solució lògica és que a la vegada sol·licités l'emissió d'un nou dictamen pericial a l'especialista que considerés convenient.

En tercer lloc es planteja la dificultat de la delimitació de l'objecte de la perícia. La disposició addicional setena preveu en el seu apartat primer quin pot ser el contingut de la mateixa. Així indica que:

"els dictàmens pericials relatius a l'exercici de la responsabilitat parental tenen per objecte primordial esbrinar o apreciar l'existència en el menor o en algun dels progenitors o en altres membres de la família, d'una malaltia mental o d'anomalies de conducta que incideixin o interfereixin en les relacions familiars, en ordre a l'establiment del règim de custòdia i de visites. També pot tenir com a objecte l'adequada comprensió del sistema de relacions personals existents en la família o en els nous nuclis als quals el menor s'ha d'integrar, així com les mesures de seguiment que procedeixi implantar per garantir el dret dels menors a mantenir la normalitat en les relacions amb els seus".

Com es pot observar l'objecte possible de la perícia és molt ampli. Quan ens trobem davant d'un dictamen judicial és l'òrgan judicial el que el delimita i decideix el tipus d'especialista que el realitzarà. Tanmateix, en la perícia de part això no és així ja que és el que ho encarrega el que decideix el seu contingut. Per això no ens sembla adequat obligar

la part contrària a col·laborar amb el pèrit designat pel seu oponent, eximint-lo si es presenta una causa o circumstància que ho justifiqui (disposició addicional 3a, apartat 4). A més s'ha de valorar que la sanció per al cas de no col·laborar consisteix en que la part no podrà sol·licitar la designació d'un pèrit judicial amb càrrec als pressuposts de l'administració de Justícia, que recordem sol pot demanar-ho la part a la qual s'hagi reconegut el dret a l'assistència jurídica gratuïta. Davant de la llacuna legal les parts hauran de plantejar l'esmentada qüestió al pèrit designat "objectivament" quan sigui requerit fefaentment per col·laborar i d'aquesta forma al·legar-ho com la causa que ha justificat la no col·laboració. Una altra opció, serà la realització d'un nou peritatge extrajudicial proposat per la part contrària.

Relacionat amb això que s'ha exposat anteriorment es planteja una tercera qüestió com és la intervenció de les parts en l'emissió del dictamen pericial. Aquesta possibilitat és fonamental si tenim en compte que al dictamen pericial emès per un pèrit objectiu la llei li concedeix un "especial valor". Seria convenient que si s'obliga les parts a col·laborar amb el pèrit puguin intervenir en les operacions pericials en la forma prevista a l'article 345 LEC.

Un altre dels dubtes que planteja el projecte és el valor dels dictàmens pericials extrajudicials emesos pels pèrits designats "objectivament".

Amb caràcter general la LEC preveu a l'article 348 que "el Tribunal valorarà els dictàmens pericials segons les regles de la sana crítica". Aquest sistema és lògic si es té en compte que el pèrit aporta els coneixements científics, artístics, tècnics o pràctics per valorar fets o circumstàncies rellevants en l'assumpte o adquirir certesa sobre ells. És a dir, el pèrit aporta al procés judicial les màximes de l'experiència especialitzades de què manca l'Òrgan Judicial. Per això se l'ha considerat doctrinalment com un auxiliar i no com un mitjà de prova²⁴, malgrat que la Llei el reguli entre els segons. Des d'aquest punt de vista el valor que tindran els coneixements que porti ha de ser decidit en cada moment pel Jutge que els ha d'aplicar al cas concret.

En l'avantprojecte es preveia que la valoració dels dictàmens pericials emesos per pèrits

²⁴ Veure per tots ABEL LLUCH, "la prueba pericial", a *Estudios prácticos sobre los medios de prueba* 3, Barcelona, 2009, pp 16 i ss.

designats "objectivament" tindrien un "especial valor", però no determinava en què consistia. En el Projecte comentat no hi ha una norma similar a la indicada. Tanmateix, queda un rastre d'aquesta concepció quan s'afirma en la Disposició Addicional 7, apartat 2, que "els dictàmens que sobre aquests extrems aportin les parts al procés, equivalen al que elabora l'equip tècnic de suport judicial o els professionals que el jutge designa al seu lloc, sempre que el pèrit hagi estat designat per un col·legi professional o entitat reconeguda per l'administració de justícia a partir de d'un cens d'especialistes i de manera que es garanteixi l'objectivitat, la imparcialitat i la capacitat tècnica". No obstant, el projecte no indica que consisteix aquest especial valor com realitzava l'avantprojecte.

L'opció legislativa és que la prova es valori de conformitat amb les regles de la sana crítica o que ens trobem davant d'una prova legal. A la pràctica no es coneixen sistemes de valoració intermedis, sent una qüestió diferent que es delimiti els aspectes d'un mitjà de prova que produeixen prova plena, com en el cas dels documents públics que el limiten al "fet, acte o estat de coses que documentin, de la data en la qual es produeix aquesta documentació i de la identitat dels fedataris i altres persones que, en el seu cas, intervinguin" (art. 319 LEC).

A més els dictàmens pericials mai no poden tenir un valor de prova plena ja que això implicaria eliminar la capacitat de decisió de l'Òrgan Judicial i desconèixer la verdadera naturalesa del pèrit. És a dir, implicaria traslladar la tasca jurisdiccional a l'especialista en detriment de la tasca de l'Òrgan Jurisdiccional.

Una qüestió diferent és que el Jutge valori les circumstàncies en les quals s'ha emès cada dictamen, però això s'inclou en la valoració de conformitat amb les regles de la sana crítica.

Tal com s'indica no es pot donar un especial valor al dictamen pericial així emès ja que en principi tenen el mateix valor. Amb la regulació de la LEC legalment no existeix cap norma de valoració que prevalgui al dictamen pericial judicial respecte de d'extrajudicial. Hi ha un fet evident com és que l'expert designat judicialment ha de ser independent i imparcial i que les parts podran intervenir tant en la determinació de la seva qualificació professional com en la realització de les activitats pericials necessàries. Aquests són criteris de

valoració que en cada cas l'òrgan judicial podrà tenir en compte per concedir major valor a un sobre un altre, però la llei no ho determina ²⁵.

La doctrina i la jurisprudència ha intentat sistematitzar els criteris de valoració del dictamen pericial²⁶.

Una altra de les qüestions que es plantegen és la sanció a la futura part que no col·labori amb el perit independent, ja que preveu que "no pot sol·licitar, en seu judicial, la designació d'un perit de similar especialitat amb càrrec als pressupostos de l'administració de justícia".

L'eficàcia d'aquesta sanció és molt limitada ja que afectarà únicament i exclusivament a la part que tingui reconeguda l'assistència jurídica gratuïta, que és l'únic que tindrà de dret a l'assistència pericial gratuïta en el procés a càrrec del personal tècnic adscrit als òrgans jurisdiccionals, o, en el seu defecte, a càrrec de funcionaris, organismes o serveis tècnics dependents de les Administracions públiques" (article 6.6 de la Llei 1/1996, de 10 de gener, d'Assistència Jurídica Gratuïta). En la resta de casos és la part proponent la que ha de fer front al pagament de la provisió de fons sol·licitada pel perit (article 342.2 LEC).

Per això la sanció legalment establerta només pot tenir eficàcia davant un limitat nombre de parts que són aquelles que tinguin dret a l'assistència jurídica gratuïta. I això generarà una situació de desigualtat ja que aquestes persones no podran sol·licitar un dictamen pericial extrajudicial en no poder assumir el seu cost, amb la qual cosa no podran preparar convenientment el procés.

6.5.2 El dictamen pericial judicial.

La segona de les opcions previstes en la LEC és que es proposi l'emissió d'un dictamen pericial per un perit designat judicialment (articles 339 i ss. LEC). En els processos

²⁵ Aquest aspecte va ser criticat per la doctrina. SERRA DOMÍNGUEZ afirma que "hubiera sido interesante además proporcionar al Juez orientaciones en el supuesto de colisión entre los diversos dictámenes periciales y entre los dictámenes periciales de parte y los judiciales, y obligar a los jueces a motivar suficientemente su dictamen" (a *La prueba pericial*, a "Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000", volum II, Barcelona, 2000, p. 322). Més recentment veure per tots ABEL LLUCH, op. Cit., pp. 123 i ss.).

²⁶ Recentment ABEL LLUCH, op. Cit., pp. 127 i ss.

matrimonials l'òrgan judicial podrà designar-lo d'ofici (arts. 339.5 i 774 LEC) o a instàncies del Ministeri Fiscal (arts. 771.3 i 774.2 LEC).

El Projecte no preveu cap especialitat per al cas en el qual el dictamen pericial sigui proposat pels cònjuges, per la qual cosa no serà objecte de desenvolupament en aquest apartat.

La disposició addicional setena, apartat 4 preveu que:

"quan els mitjans probatoris aportats per les parts relatius al règim de custòdia o a les visites no ofereixin suficients elements de judici, el tribunal pot disposar l'elaboració d'un informe per un pèrit judicial.

Si el Tribunal té dubtes sobre la idoneïtat d'establir la custòdia compartida, pot demanar un informe específic sobre això.

El pèrit es designarà entre els especialistes dels equips tècnics de suport judicial, de la clínica mèdica forense o dels col·legis professionals corresponents quan els serveis públics d'assessorament no existeixin, no puguin assumir la designació sense donar lloc a dilacions és a dir necessari una intervenció especialitzada".

Aquest precepte regula la possibilitat que l'òrgan judicial proposi la prova d'ofici, tal com es preveu en la LEC. La novetat és que inclou els Equips Tècnics com a institució que pot designar un especialista. Entenem que amb caràcter previ a aquesta possibilitat és imprescindible que es reguli l'Equip Tècnic Judicial, de la mateixa manera que s'ha realitzat amb el metge forense. En la mateixa s'han de respectar els principis previstos en la LOPJ. Només a partir d'aquell moment se'l podrà requerir perquè designi un especialista.

La part negativa és que la legislació no fa cap referència als cònjuges ni al Ministeri Fiscal que actua en aquests processos en defensa dels interessos del menor, per la qual cosa serà aplicable la previsió de la LEC. És a dir, en la seva qualitat de part podran proposar aquest mitjà de prova.

En acordar la pràctica d'aquest mitjà de prova l'Òrgan Judicial haurà d'indicar l'objecte de

la perícia i la formació de l'especialista que l'ha de realitzar. A més recordem que, tal com preveu l'article 345.1 LEC, "quan l'emissió del dictamen requereixi algun reconeixement de llocs, objectes o persones o la realització d'operacions anàlogues, les parts i els seus defensors en podran presenciar un i d'altres". L'article 345.2 LEC preveu que les parts han de sol·licitar a l'Òrgan Judicial estar present perquè decideixi el que estimi procedent.

L'apartat cinquè de la disposició addicional setena del Projecte preveu l'obligació de col·laborar per part dels familiars i persones o professionals que hagi intervingut prèviament amb la família. Entenc que aquesta previsió fomenta la realització d'una investigació pel pèrit que va més enllà de les seves funcions. Segons la meua opinió si un tercer té un coneixement directe de circumstàncies que afectin directament l'objecte del procés de família el que s'ha de fer és cridar-lo al procés a través de la prova testifical per a així respectar el dret de defensa de les parts.

És important ressaltar que el Tribunal pot acordar d'ofici l'adopció d'aquest mitjà de prova. Però és essencial recordar que el dictamen pericial judicial no té el caràcter de *peritus peritorum*, sinó d'un expert que aporta al Tribunal els coneixements tècnics de què aquest manca. Tal com afirma LEDESMA no es pot atorgar un caràcter diriment a la prova pericial ja que "aquesta última no és, no almenys per raó del seu origen, preponderant respecte a les denominades pericials de part"²⁷ .

6.5.3 La valoració dels dictàmens pericials, amb especial referència als supòsits de contradicció entre ells.

Amb la regulació del dictamen pericial que va dissenyar el legislador en la nova LEC es modifica l'aportació d'aquest mitjà de prova al procés. Recordem que amb la LEC de 1881 l'únic dictamen pericial que es regulava era el judicial i que d'extrajudicial havia d'abordar-se com document junt amb la demanda o la contestació a la demanda, havent de crear-se al pèrit extrajudicial en qualitat de testimoni ²⁸. Aquesta situació es modifica amb la nova regulació en el que les parts poden aportar al procés el dictamen pericial realitzat

²⁷ LEDESMA IBÁÑEZ, P., "La prueba pericial en la LEC. Problemática detectada en la práctica judicial", a *La prueba pericial en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, 12/2006, CGPJ, p. 5.

²⁸ Veure en aquest sentit FONT SERRA, a *El dictamen de peritos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, a "La Prueba", Cuadernos de Derecho Judicial 7/2000, pp 4 i ss. de la versió electrònica.

extrajudicialment juntament amb la demanda o contestació, i només excepcionalment es permet la pràctica de la perícia judicial.

La disposició addicional setena, apartat quart del projecte de llei afirma que: "Els dictàmens que sobre aquests extrems aportin li parts al procés, equivalen als que elabora l'equip tècnic de suport judicial o els professionals que jutge designa en lloc seu, sempre que el perit hagi estat designat per un col·legi professional o entitat reconeguda per l'administració de justícia a partir d'un cens d'especialistes i de manera que s'en garanteixi l'objectivitat, la imparcialitat i la capacitat tècnica".

Com s'ha indicat la LEC no estableix cap criteri de valoració dels dictàmens pericials, per la qual cosa no es pot assimilar als emesos per l'Equip Tècnic de suport judicial o els professionals que el jutge designi al seu lloc. Una qüestió diferent és que la jurisprudència i la doctrina hagin analitzat els criteris de valoració, entre els quals destaca l'objectivitat i la imparcialitat del pèrit designat. Però aquest és un criteri més dels que utilitza l'òrgan jurisdiccional per valorar els dictàmens pericials aportats al procés, havent afirmat la jurisprudència que no ha de prevaler el dictamen de designació judicial per aquest sol fet²⁹. El Jutge ha de valorar de forma crítica els dictàmens pericials, sent el criteri de l'objectivitat un més dels quals utilitzada, però no el principal ni l'únic.

El dictamen pericial té un contingut mínim. Tal com afirma PEREDA el mateix ha d'explicitar les operacions pericials realitzades, els mitjans emprats i facilitar al jutge els elements necessaris per a una eventual comprovació³⁰. Per això conclou que "no són les conclusions per si soles les que determinen l'eficàcia probatòria d'aquesta prova, sinó els raonaments i l'encadenament lògic de les esmentades conclusions a les dades que constitueixen el punt de partida"³¹.

En el mateix sentit LEDESMA afirma que "la valoració dels dictàmens pericials ha de realitzar-se en funció dels seus continguts, de la solidesa de les seves conclusions, del seu contrast amb el mètode científic i no a raó de l'origen o manera de designació del pèrit que

²⁹ Veure ampliament el desenvolupament que fa ABEL LLUCH, op. Cit., pp. 131 i ss.

³⁰ En aquest sentit PEREDA GÁMEZ, F. J., "La prueba pericial en los litigios derivados de la Ley de Ordenación de la Edificación", a La prueba pericial en el proceso civil, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 12, 2006, CGPJ, p. 26.

³¹ PEREDA, op. Cit., p. 32.

ha emès l'esmentat dictamen" ³². De la mateixa manera ESTARRUFI afirma que el Jutge ha d'analitzar el mètode seguit en els dictàmens i en casos de contradicció entre els dictàmens el Jutge no pot optar per un d'ells perquè hagi estat aportat per una de les parts o a instàncies de l'òrgan judicial, sinó que deu la seva decisió ha "de derivar del propi contingut de la prova practicada, i ser explicitades en la fonamentació de la sentència"³³.

Com pot observar-se la previsió de la disposició adicional és supèrflua perquè no aporta res als criteris de valoració que utilitzarà l'òrgan judicial en dictar la sentència.

El Tribunal en dictar sentència està obligat a valorar críticament els dictàmens pericials aportats, analitzant el mètode seguit pels pèrits per a l'emissió del mateix, els coneixements tècnics que apliquen i les conclusions en les quals arriben. El tribunal actua en aquest cas com un "peritus peritorum" i no pot assumir les conclusions d'un dels dictàmens sense motivar l'esmentada decisió, sense que pugui acudir simplement a l'objectivitat ja que això suposaria substituir la seva activitat per la del pèrit³⁴.

6.5.4 Altres supòsits d'intervenció de l'Equip Tècnic Judicial.

L'article 233-13 regula la supervisió del règim de visites, desenvolupant-lo en la Disposició adicional 8a que preveu en el seu apartat 5 que "el Tribunal pot delegar el servei tècnic de suport judicial, el seguiment de les mesures establertes respecte al compliment del règim de visites i la seva supervisió."

Des d'un punt de vista doctrinal s'ha discutit sobre la possibilitat que es deleguin actes d'execució en òrgans de caràcter administratiu. En principi és possible només en aquells casos en els quals es tracti de supervisar actes d'execució decretats judicialment. La remissió que realitza aquest article no planteja grans contradiccions constitucionals. La dificultat prové de la previsió que recull l'apartat segon que el Punt de Trobada Familiar pot

³² LEDESMA, op. Cit., p. 5.

³³ ZUBIRI DE SALINAS, F., "Valoración de la prueba pericial", *La prueba pericial en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial 12/2006, CGPJ, p. 16.

³⁴ En aquest sentit MONTERO AROCA, J., "Especialidades de la prueba pericial en el juicio verbal", a , *La prueba pericial en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, 12/2006, CGPJ, p. 5.

proposar modificacions del tipus de relació patern filial quan "es presentin circumstàncies que ho aconsellin".

Entenem que no és el Punt de Trobada Familiar el que ha de proposar les modificacions, sinó les parts implicades. Una qüestió diferent és que el responsable del Punt de Trobada Familiar hagi de realitzar un informe de seguiment perquè l'òrgan judicial pugui adoptar la decisió més adequada. En tot cas s'ha de donar trasllat a les parts que puguin realitzar les al·legacions que estimin pertinents i, en el seu cas, proposar prova.

D'altra banda aquest precepte no indica el procediment pel qual s'haurà de tramitar. Entenem que serà aplicable l'article 233-7 que regula la modificació de les mesures.

Segons la nostra opinió ens trobem davant d'un nou dictamen pericial sol·licitat d'ofici per l'òrgan jurisdiccional, que és habitual i forma part de l'especialitat del procés de família que pugui sol·licitar-lo. No obstant, no és coherent que en la disposició addicional 7a hagi regulat la realització del dictamen pericial i indicat, cosa a la que ens hem oposat, que l'Òrgan Judicial pot sol·licitar la designació d'un pèrit a l'Equip Tècnic Judicial i en aquest moment es remeti indirectament a l'Equip Tècnic Judicial.

Recordem novament que ens trobem davant d'un cos nacional segons la LOPJ, la qual cosa exigeix que es reglamenti les seves funcions i l'estatut dels seus membres, a més de la competència dels diferents especialistes que l'integren. Al marge d'això el precepte hauria de recordar que l'Òrgan Judicial pot designar judicialment un pèrit en la forma prevista en la LEC, però remetre's genèricament a la "supervisió del pla de parentalitat" per l'Equip Tècnic Judicial. A més, en trobar-nos davant d'un procés civil han de respectar-me els drets de les parts. És a dir, s'ha de permetre que les parts intervinguin en l'elaboració del dictamen pericial.

Per això hem de plantejar la remissió al dictamen pericial judicial previst en la LEC i permetre que les parts puguin participar en l'elaboració i, posteriorment, puguin sol·licitar els aclariments pertinents a l'expert que hagi intervingut.

Les mesures provisionals.

Contingut de la regulació.

El Projecte del Llibre II del Codi Civil de Catalunya dedica el l'art. 233-1 a regular algunes especialitats relatives a les mesures provisionals. Dels seus tres apartats, en el primer es fa una enumeració de les mesures adoptables, així com també es fa referència als subjectes que poden sol·licitar l'adopció de les mesures i els moments processals per a fer-ho. A continuació, l'apartat segon fa referència als supòsits en els que concorre violència de gènere i, finalment, en el tercer es tracta l'efectivitat de les mesures.

A part d'aquest art. 233-1 PCCC específic de les mesures provisionals, també trobem altres disposicions en les que es fa referència a les mateixes de forma indirecta. En aquest sentit l'article 233-4.2 PCCC es refereix a la possibilitat de pacte entre les parts en l'adopció de mesures provisionals i l'eficàcia d'aquests acords respecte la sentència. Tanmateix, també s'ha de tenir en compte l'art. 233-7 PCCC que regula la modificació de les mesures provisionals que també serà aplicable respecte a les mesures provisionals.

L'apartat primer de l'article 233-1 PCCC.

El règim d'adopció de mesures provisionals de l'art. 233-1 PCCC en relació amb la regulació de la LEC.

Tal i com indicàvem fa un moment per a introduir la l'objecte d'estudi en aquest capítol, l'art. 233-1.1 PCCC fa referència a diferents aspectes processals de l'adopció de mesures provisionals. En concret hi trobem reflexats quatre elements diferents. En primer lloc, el moment en el que es pot sol·licitar les mesures provisionals. A continuació, les persones legitimades per a fer la sol·licitud. En tercer lloc, trobem una remissió als procediments establerts per la legislació processal i, finalment una enumeració de la mesures adoptables.

Per començar farem referència al tercer aspecte enunciat, és a dir, la remissió a la legislació processal. Amb aquesta remissió per una banda s'ens està dient que la regulació que fa el precepte no és completa sinó que s'ha de posar en relació amb la legislació processal comú que no pot ser altra que la regulació que la LEC fa de les mesures provisionals.

Si observem la regulació que la LEC fa d'aquesta institució i la de l'art. 233-1 PCCC, podem veure que hi ha alguns aspectes que temàticament considerats coincideixen. En canvi, hi ha altres elements que la LEC regula i que no es contemplen en cap moment per l'art. 233-1 PCCC. Aquesta situació deriva del fet que d'acord amb l'art. 149.1.1^a CE l'Estat té competència exclusiva en matèria de legislació processal però com el mateix article reconeix a continuació, la competència és exclusiva "sense perjudici de les necessàries especialitats que en aquest ordre es derivin de les particularitats del dret substantiu de les Comunitats Autònomes". A la vegada, l'art. 130 de l'Estatut d'Autonomia de Catalunya recull aquesta competència al indicar que "Correspon a la Generalitat dictar les normes processals específiques que derivin de les particularitats del dret substantiu de Catalunya". D'acord amb aquestes disposicions, les normes processals contingudes al projecte del Llibre II del CCC són o haurien de ser, en principi, especialitats procedimentals que són introduïdes pel legislador català com a conseqüència dret de família³⁵. Es tracta doncs, d'especialitats que no constitueixen un cos normatiu processal complet, ni tampoc dissenyen un procediment específic, sinó que s'han d'ubicar en el marc de la legislació processal estatal. En els següents apartats analitzarem quines són aquestes especialitats, si la seva inclusió queda justificada i la relació que tenen respecte a les disposicions processals estatals.

Moment d'adopció de les mesures cautelars.

L'article 233-1.1 PCCC unifica el contingut de l'art. 771 i 773 i ens deixa entreveure de forma conjunta els moments processals en els que es possible sol·licitar l'adopció de mesures provisionals. Al respecte, coincidint amb el contingut de l'art. 771 i 773 LEC es solen identificar dos moments de sol·licitud i d'adopció. O bé amb anterioritat a la

³⁵ En relació amb l'àmbit de la competència per a dictar normes processals per part del legislador català veure NIEVA FENOLL, J., "La recuperació del Dret Processal català. Possibilitats constitucionals de desenvolupament", Revista Catalana de Dret Privat, vol. 4, 2004, pp. 193 i ss.

interposició de la demanda. Són les mesures provisionals prèvies o també conegudes com a provisionalíssimes. O bé conjuntament amb l'escrit de demanda. Són les anomenades mesures provisionals coetànies o també conegudes en contraposició amb el terme de "provisionalíssimes", les provisionals estrictament. A la mateixa conclusió arriba l'art. 233-1.1 PCCC quan diu: el cònjuge que "pretengui demandar o demandi". Aquí la utilització dels temps verbals fa referència a un moment anterior a al presentació de la demanda o al mateix moment. Tot i així cal indicar que la utilització del present del subjuntiu sense fer referència expressa a la demanda, tal i com indica expressament l'art. 773 LEC, podria fer-nos pensar que es possible fer la sol·licitud fins i tot després de la demanda. Tot i així, cal tenir en compte que a continuació el precepte si que s'encarrega de limitar al demandat la possibilitat de sol·licitar les mesures al moment de contestar la demanda. El principi d'igualtat de les parts ens faria optar doncs per considerar que el demandant ha de demanar l'adopció de les mesures provisionals amb la demanda.

No obstant, cal indicar que una qüestió que ha estat debatuda per la doctrina arrel de la regulació de la LEC és la possibilitat de sol·licitar les mesures amb posterioritat d'acord amb allò previst per l'art. 730.4 LEC³⁶. Aquest últim precepte permet l'adopció de les mesures en un moment posterior sempre que qui les sol·liciti basi la seva petició en "fets i circumstàncies que en justifiquin la sol·licitud en aquell moment". Sigui com sigui, la redacció de l'art. 233-1.1 PCCC no deixa clar si el legislador català està pensant en aquesta opció i, en tot cas, creiem que la introducció d'una previsió en aquest sentit no quedaria justificada per l'especialitat pròpia del dret civil català.

Legitimació.

Un altre dels aspectes que tracta l'art. 233-1-1 PCCC són els subjectes que poden sol·licitar les mesures provisionals. El precepte desenvolupa la qüestió en el mateix sentit que ho feien prèviament els arts. 771 i 773 LEC. Conforme amb l'art. 233-1.1 PCCC podrà sol·licitar l'adopció aquell cònjuge que demandi o pretengui demandar la nul·litat, separació o divorci. És a dir, aquell que ocupi la part activa del procés principal quan s'hagi iniciat o bé, aquella que es vulgui constituir com a tal posteriorment, sempre que les mesures

³⁶ CALDERÓN CUADRADO, M^a P., "Medidas provisionales en nulidad separación y divorcio (la aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC), Tirant lo Blanch, València, 2002, p. 111.

provisionals s'hagin demanat amb caràcter previ a la interposició de la demanda. Així mateix, paral·lelament a la previsió de l'art. 773 LEC, l'art. 233-1.1 LEC permet al cònjuge demandant sol·licitar l'adopció de mesures provisionals quan interposada la demanda, l'actor no les hagi sol·licitat o bé, en el cas que les hagi sol·licitat si desitja demanar-ne de diferents.

Com es pot observar d'aquesta exposició, de fet el PCCC no incorpora cap especialitat respecte a la regulació de la LEC sinó que ve a unificar i reproduir part del contingut dels arts. 771 i 773 LEC. Feta d'anterior apreciació, sent estrictes, hauríem de dir que la disposició és innecessària. No obstant, creiem que aquí la previsió sobre la legitimació no està complint una finalitat reguladora sinó descriptiva. L'especialitat que en realitat es vol introduir en el precepte són les mesures provisionals adoptables, estant destinat el primer paràgraf a emmarcar l'objecte de regulació.

Mesures adoptables.

El Codi Civil regula les mesures adoptables en els processos matrimonials en els seus arts. 102 i 103. En la regulació d'aquests dos preceptes s'ha distingit entre "efectes" als que faria referència l'art. 102 CC i les "mesures provisionals" pròpiament dites que serien les regulades per l'art. 103 CC. La principal diferència entre els dos preceptes es trobaria en el fet que els efectes previstos per l'art. 102 CC (i d'aquí prové la terminologia) es produirien de forma automàtica, per "ministeri de la Llei", amb la interposició de la demanda de nul·litat, separació o divorci i la seva admissió a tràmit, sense necessitat de sol·licitud de part i sense necessitat de declaració judicial amb excepció de les anotacions als Registres Civil, de la Propietat o Mercantil a les que fa referència l'últim paràgraf del precepte. En canvi, per a l'adopció de les mesures provisionals de l'art. 103 CC seria necessària la instància de part i el pronunciament judicial.

L'art. 233-1.1 PCCC preveu que es podran adoptar com a mesures provisionals:

- a) "La distribució de les responsabilitats parentals envers els fills i, si no s'estableix en forma compartida, l'assignació de la custòdia al progenitor més idoni, en interès del menor. En qualsevol cas s'ha de concretar el règim de relació dels fills amb el

progenitor amb qui no resideixin habitualment. Excepcionalment, l'autoritat judicial pot encomanar la guàrdia i custòdia dels fills als avis, a altres parents, a persones properes o, en el seu defecte, a una institució idònia, a les quals es poden conferir funcions tutelars amb suspensió de la potestat parental.

- b) La distribució de les responsabilitats alimentícies a favor dels fills i, si escau, a favor d'un dels cònjuges.
- c) L'assignació de l'ús de l'habitatge familiar amb el seu parament o, alternativament, l'adopció de les mesures que garanteixin les necessitats d'habitatge dels cònjuges i dels fills. En el cas que s'assigni l'habitatge familiar a un cònjuge, l'autoritat judicial ha de fixar la data en què l'altre haurà d'abandonar-lo.
- d) El règim de tinença i administració dels béns en comunitat ordinària indivisa i també dels que per capítols matrimonials o escriptura pública estiguin especialment afectes a les despeses familiars i, si el règim es de comunitat, dels béns comuns.
- e) Les necessàries per evitar el desplaçament o la retenció il·lícits dels fills, si n'hi hagués el risc”.

Si comparem el contingut d'aquest precepte amb el de l'art. 103 CC podrem observar com el contingut dels dos, considerat de forma genèrica coincideix en gran part.

D'aquesta manera la lletra a) de l'art. 233-1.1 PCCC es correspondria amb l'apartat 1r de l'art. 103 CC que preveu per una banda, la possibilitat de regular provisionalment la custòdia dels fills i el règim de visites al que queden sotmesos. La determinació de la custòdia s'haurà de fer d'acord amb les previsions del Codi Civil podent-se encomanar a favor dels cònjuges o en el seu defecte d'altres persones o institució idònia. La diferència substancial entre els dos preceptes podríem trobar-la en la remissió per part de l'art. 103 CC a les disposicions pròpies del dret comú mentre que en el cas de l'art. 233-1-1 no es fa una remissió d'aquest tipus sinó que s'opta per una regulació més detallada. En qualsevol cas, entenem que la interpretació del precepte s'hauria de fer conforme a la legislació catalana.

La lletra b) de l'art. 233-1.1 PCCC regula la distribució de les responsabilitats alimentícies, precepte que no troba referent directe en la regulació de l'art. 103 CC, però que a la pràctica s'ha tingut en compte per part dels òrgans judicials a l'hora d'adoptar les mesures provisionals.

Pel que fa a la lletra c) regula el règim relatiu a l'habitatge familiar. Aquí el legislador català confereix a la disposició un contingut més ampli donant més marge de decisió. Mentre l'art. 103 CC, al seu apartat 2n, determina que s'assignarà l'ús de l'habitatge familiar en atenció a l'interès més necessitat, l'art. 233-1.1 PCCC no fa aquesta última precisió i fins i tot deixa entreveure que es possible que no es faci aquesta atribució a cap dels cònjuges al indicar que "alternativament" es podran adoptar "altres mesures que garanteixin les necessitats d'habitatge dels cònjuges i dels fills". Per la seva banda, l'art. 103 CC fa referència al parament de la llar, element que omet el projecte de llei català. En canvi, l'art. 233-1.1 PCCC preveu de forma expressa que el Jutge podrà fixar la data en la que el cònjuge al que no s'atribueix l'ús de l'habitatge familiar haurà d'abandonar-lo.

La lletra d) de l'art. 233-1.1 PCCC que fa referència al règim d'administració i tinença de béns comuns dels cònjuges tindria el seu equivalent en els números 4t i 5è de l'art. 103 CC podent-se observar en relació amb els mateixos un canvi de perspectiva. Mentre el Codi Civil parteix de la base que el règim econòmic matrimonial ordinari és el de Comunitat de guanys, el PCCC pren la separació de béns.

Aquesta lletra d) també fa referència a la determinació dels béns afectes a la les despeses familiars quan s'hagin establert per capítols matrimonials, escriptura pública o perquè el règim econòmic matrimonial sigui el de comunitat de béns.

Per la seva part, l'art. 103 CC en el seu número 3r indica que s'haurà de fixar la contribució de cada cònjuge a les càrregues familiars, fixant-se en el seu cas les "listis expensas". Element aquest últim que no consta regulat en el PCCC.

Finalment, la lletra e) de l'art. 233-1.1 CC regula un últim aspecte que no està contemplat pel CC, l'adopció de les mesures necessàries per evitar el desplaçament il·lícit de menors. No creiem que la incorporació d'aquesta mesura quedi justificada per raó d'especialitat ja que de fet, es tracta d'un problema que es presenta tant en les situacions regides pel dret

comú com pel català. De totes maneres, creiem que aquesta disposició pot quedar fàcilment inclosa en la disposició prevista per l'apartat 3r de l'art. 233-1 PCCC com a mitjà per a garantir el compliment del règim de custòdia establert conforme a la lletra a) de l'art. 233-1.1 PCCC.

En la nostra opinió el que ha fet aquí el legislador català és per una banda, adaptar el contingut de les mesures provisionals regulades pel CC a les especialitats del dret català, però també ha modernitzat la regulació conforme a les tendències dels últims anys.

De l'exposició que s'ha fet fins ara, una qüestió que se'ns planteja és determinar que passa amb l'art. 102 CC. Com hem vist fins ara, si bé l'art. 233-1.1 PCCC desenvolupa el règim corresponent de l'art. 103, no passa el mateix amb el de l'art. 102 CC. D'acord amb aquest precepte, admesa la demanda de divorci, per ministeri de la llei es produeixen els següents efectes:

- 1) Els cònjuges podran viure separats, cessant el presumció de convivència conjugal.
- 2) Queden revocats tots els consentiments y poders que els cònjuges s'hagin pogut donar mútuament.
- 3) Cessa la possibilitat de vincular els béns privatis de l'altre cònjuge a la potestat domèstica.
- 4) Possibilitat de sol·licitar l'anotació preventiva al Registre Civil, de la Propietat o Mercantil.

La qüestió es planteja principalment com a conseqüència de la discussió sobre la naturalesa substantiva o processal dels arts. 102 i 103 CC. Les conseqüències són clares, si estimem que els arts. 102 i 103 CC, així com també les lletres a) a e) de l'art. 233-1.1 PCCC tenen caràcter processal, llavors podem afirmar que l'art. 233-1.1 PCCC només precisa el contingut de l'art. 103 CC i que l'art. 102 CC és plenament aplicable. En canvi, si ens pronunciem a favor del caràcter substantiu d'aquests preceptes, llavors podríem de sostenir que en la mesura que el legislador català es competent per a regular de forma íntegra el dret de família, podríem interpretar que al no haver-me regulat un precepte de

contingut similar al 102 CC però si al 103 CC, el legislador català ha volgut excloure el seu contingut.

Plantejada la qüestió, ens volem pronunciar sobre el caràcter processal d'aquests preceptes ja que si bé el seu contingut és similar o podria coincidir amb part de les definitives, constitueixen precisament els efectes de la interposició de la demanda. És a dir, es tracta en realitat d'un mecanisme al servei del procés. Per tant, l'art. 102 CC serà plenament aplicable.

De totes maneres, com a conseqüència de les discussions sobre la matèria i donat que el Projecte regula de forma íntegra els efectes de la nul·litat separació i divorci, seria convenient que es fes una especificació al respecte.

Procediment.

Pel que fa al procediment a seguir per a adoptar les mesures provisionals en processos de família, l'art. 233-11 PCCC remet als "procediments establerts a la legislació processal, és a dir, al procediment regulat als articles 771 a 773 LEC. Al respecte, s'ha de recordar que tot i que no existís la remissió, l'aplicació d'aquests preceptes de la LEC seria inqüestionable. En aquest cas el contingut d'aquests articles es veu però precisat en el sentit que seran aplicables en tot allò que fa referència a la tramitació procedimental, però no en relació amb el contingut de les mesures provisionals a adoptar. A continuació examinarem breument el procediment establert per la LEC, indicant els aspectes en els que la nova regulació catalana afectarà la seva tramitació.

L'adopció de mesures provisionals prèvies.

Quan les mesures provisionals es vulguin sol·licitar amb caràcter previ a la interposició de la demanda, la petició s'haurà de fer en escrit independent dirigit al Jutjat de Primera Instància del domicili del sol·licitant. D'acord amb l'art. 771 LEC en aquest escrit es podrà sol·licitar l'adopció de les mesures previstes en els arts. 102 i 103 CC. En aquest cas concret per a què es produeixin els efectes previstos per l'art. 102 CC s'exigeix que hi hagi

sol·licitud de part ja que amb caràcter ordinari aquests queden subordinats a l'admissió de la demanda i, per tant, s'està delatant el moment de la seva producció. Pel que fa a la referència de l'art. 103 CC, aquesta s'haurà d'entendre feta a l'art. 233-1.1 PCCC sempre que sigui aplicable el dret civil català donat que la legislació catalana tindrà una previsió específica al respecte.

Feta la sol·licitud, hi ha dues vies de tramitació. L'ordinària i una *inaudita parte* per a supòsits d'urgència.

a) La tramitació ordinària.

En la tramitació ordinària el Jutge competent citarà a les parts per a la realització d'una vista que s'haurà de celebrar en els deu dies següents. A la vista hi haurà d'assistir també si hi ha fills menors d'edat, el Ministeri Fiscal. La LEC insisteix que en aquesta compareixença en primer lloc s'intentarà arribar a un acord en relació amb les mesures adoptables i en el cas que això no sigui possible es procedirà a escoltar les al·legacions de les parts. A continuació es proposarà prova i es practicarà la per elles proposada i admesa, juntament amb aquella acordada d'ofici pel Tribunal. En el cas que no fos possible practicar una prova en la compareixença, es senyalarà data per a practicar-la, en unitat d'acte, dins dels deu dies següents.

Pel que fa a la valoració de la prova, l'art. 771 LEC estableix que la incompareixença d'una de les parts a la vista pot determinar que es considerin admesos els fets al·legats per l'altre cònjuge per a fonamentar les mesures provisionals de caràcter patrimonial que hagi sol·licitat. Juntament amb això, s'ha de tenir en compte que l'art. 752 LEC que estableix en relació amb les pretensions sobre les que les parts no tinguin lliure disposició que el tribunal no estarà vinculat per la força probatòria que les disposicions de la pròpia LEC donen a d'interrogatori de les parts, els documents públics i als documents privats reconeguts. De la mateixa manera, en aquests supòsits la conformitat de les parts amb els fets no serà vinculant així com tampoc el Jutge pot decidir basant-se exclusivament "en el silenci o les respostes evasives sobre els fets al·legats per la contrària".

Finalitzat l'acte, el Jutge haurà de dictar interlocutòria resolvent sobre les mesures provisionals en el termini de 10 dies. Dictada la resolució, s'haurà d'interposar la demanda

de nul·litat, separació o divorci, en el termini de 30 dies si els vol que els efectes de les mesures persisteixin més enllà d'aquest termini.

b) La tramitació *inaudita parte*.

Com s'ha indicat l'art. 771 LEC també preveu la possibilitat d'adoptar les mesures provisionals *inaudita parte* en supòsits d'urgència. D'aquesta manera el paràgraf segon, de l'apartat segon del citat precepte, indica que el Jutge si considera que la urgència del cas ho aconsella podrà adoptar en la mateixa resolució per la que es cita a les parts a la compareixença, les mesures a els que es refereix l'art. 102 CC i les que consideri procedents respecte a la custòdia dels fills i l'ús de l'habitatge familiar i el parament de la llar. En la nostra opinió encara que la llei no ho estableixi expressament, per a poder fer ús d'aquesta via hi haurà d'haver sol·licitud de la part en aquest sentit en la que es justifiqui degudament la petició i s'acompanyi de la documentació que s'estimi necessària per acreditar la urgència. L'anterior afirmació matisa el principi inquisitiu que regeix respecte determinades pretensions dels processos matrimonials, però en cas contrari, estimem que difícilment el Jutge podria arribar a tenir coneixent suficient de la situació com per a adoptar les mesures *inaudita parte*. A més, s'ha de tenir en compte que aquí, s'està permetent adoptar unes mesures que afectaran l'esfera personal d'una persona sense que se li permeti abans de la decisió fer les alegacions que estimi oportunes i aportar les proves necessàries per a la seva defensa. Per això creiem que un debut equilibri dels drets de les parts, tot i que el tràmit d'audiència es doni amb posterioritat, exigeix una acurada valoració per part del Jutge que necessita, en la nostra opinió, de la informació i acreditació *prima facie* que pugui aportar la part sol·licitant. Un supòsit en el que l'actuació d'ofici podria estar justificada seria en els supòsits de violència de gènere. En aquests casos el Jutge pot tenir accés a la informació a través d'altres mecanismes. No obstant, cal tenir en compte que si examinem el contingut de l'art. 544 ter Lecrim, les mateixes mesures així com també altres, podran ser acordades mitjançant una ordre de protecció.

En qualsevol cas, l'adopció de les mesures per aquesta via *inaudita parte* no exclou, com el mateix precepte estableix indirectament que la vista s'hagi de celebrar en les mateixes condicions que respecte als tràmits ordinaris.

c) La confirmació o modificació de les mesures.

Adoptades les mesures amb caràcter previ, l'art. 772 LEC estableix que en el cas que les mesures provisionals hagin estat adoptades per un òrgan judicial diferent, s'haurà d'adjuntar testimoni de les actuacions una vegada s'hagi admès a tràmit la demanda de nul·litat, separació o divorci.

Interposada la demanda dins el termini de 30 dies les mesures provisionals prèvies continuaran tenint eficàcia sense necessitat que siguin ratificades. No obstant, la llei preveu que es puguin complementar o modificar quan el tribunal competent per conèixer de la demanda principal ho estimi oportú. En aquest cas convocarà a les parts a una compareixença que seguirà els mateixos tràmits que per a l'adopció de conformitat amb allò previst per l'art. 771 LEC.

El Jutge resoldrà mitjançant interlocutòria contra la que no cabrà cap mena de recurs.

Mesures provisionals derivades de l'admissió a tràmit de la demanda.

La sol·licitud de mesures provisionals amb la demanda o amb l'escrit de contestació serà possible sempre i quan no s'hagin adoptat prèviament.

A diferència de l'article 771 LEC, el 773 LEC no indica expressament quin pot ser el contingut de la sol·licitud. No obstant, aquest es pot deduir de forma indirecta. En primer lloc, a l'apartat 1r de l'art. 773 LEC es pot veure com la llei preveu l'opció que els cònjuges hagin arribat a un acord sobre les mesures provisionals adoptables. Tot i que la LEC no ho diu clarament, en la nostra opinió el Jutge no estarà vinculat pels acords als que hagin arribat les parts així com tampoc per les concretes peticions que una d'elles efectui. Estimem que és en aquest sentit en el que s'ha d'interpretar la previsió de l'apartat segon de l'art. 773 LEC al establir per una banda, que el Jutge ha d'emetre resolució conforme amb les peticions a les que es refereix l'apartat anterior, és a dir, les peticions individuals d'un dels cònjuges o la petició dels dos quan hagin arribat a un acord. Però a continuació l'apartat exceptua aquesta obligació de resoldre al indicar que "sinó", ha d'acordar "el que sigui procedent i donar compliment, en tot cas, al que disposa l'art. 103 CC". És a dir, que amb independència d'allò que demani la part, el Jutge s'haurà de pronunciar

obligatòriament en relació amb l'art. 103 CC. Aquí novament, de la mateixa manera que indicàvem respecte de les previsions de l'art. 771 LEC haurem d'entendre que la remissió que l'art. 773 LEC fa a l'art. 103 CC es farà a l'art. 233-1.1 PCCC.

Una qüestió més que deriva de l'enunciat anterior és determinar els supòsits en els que el Jutge podrà denegar l'aprovació de l'acord. L'art. 773.2 LEC ens dóna un criteri, si el Jutge s'ha de pronunciar en tot cas sobre els extrems de l'art. 103 CC (233-1.1 PCCC) un límit el trobarem en el seu contingut. Podrà denegar l'acord quan prevegi continguts diferents. De la mateixa manera, també és possible la situació en la que les parts només han pactat algunes de les qüestions previstes per l'art. 103 CC (233-1.1 PCCC). En aquest últim cas creiem que la LEC autoritza al Jutge per a poder resoldre conforme l'acord però complementant allò que sigui necessari.

El criteri senyalat faria referència als diferents extrems que s'haurien de regular en concepte de mesures provisionals i, per tant, poden ser pactats per les parts, però no té en compte la concreta valoració de cada un d'aquests punts. Per això, ens plantejem un altre criteri que es podria tenir en compte que és l'establert per l'art. 233-3 PCCC. En aquest article, previst pels acords adoptats en conveni regulador però no expressament per a les mesures provisionals, s'estableix que els acords han de ser aprovats per l'autoritat judicial, previ informe del Ministeri Fiscal, amb l'excepció d'aquells punts que no siguin conformes a l'interès dels fills menors. Estimem que una aplicació coherent de la llei exigiria la seva extensió també respecte de les mesures provisionals.

Per acabar, ens falta fer referència a l'art. 102 CC. En relació amb aquest cal recordar que d'acord amb el mateix precepte els efectes en ell previstos tenen eficàcia per ministeri de la llei amb l'admissió a tràmit de la demanda. Aquesta regulació implica que no sigui necessari que la sol·licitud de mesures provisionals incorporada amb la demanda contingui una petició, ni que el jutge es pronunciï al respecte.

Admesa a tràmit la demanda, el Jutge convocarà a les parts a una compareixença que es tramitarà d'acord amb allò previst a l'art. 771 en el termini de 10 dies. En canvi, si les mesures provisionals es demanen pel mandat en la contestació a la demanda, el tràmit d'audiència tindrà lloc a la vista principal sempre i quan aquesta es convoqui dins el termini de 10 dies des de la contestació a la demanda. En el cas que això no fos possible, la

sol·licitud es tramitaria en una compareixença separada d'acord amb els tràmits de l'art. 771 LEC.

La interlocutòria que resolgui sobre les mesures provisionals no es pot recórrer.

Finalment, l'art. 773.5 LEC indica que les mesures provisionals estaran vigents fins que es dicti la sentència en la que es fixin les mesures definitives o es posi fi al procés per a qualsevol altre motiu. Al respecte cal senyalar que la llei no demana que la sentència sigui ferma per a donar eficàcia a les mesures definitives, de manera que en tot cas, encara que alguna de les parts recorri la sentència d'instància, a partir d'aquell moment les mesures definitives substituiran a les provisionals deixant de tenir eficàcia aquestes últimes.

L'adopció de mesures provisionals en cas de violència familiar o de gènere.

L'art. 233.1.3 PCCC estableix que "en cas de violència familiar o de gènere, autoritat judicial competent ha d'adoptar, a més, les mesures previstes en la legislació específica". Es tracta en realitat d'una remissió amb caràcter descriptiu.

La qüestió relativa a la violència de gènere té rellevància per diverses raons. Al respecte hem de tenir en compte que les especialitats processals que es volen introduir al CCC estan vinculades a una determinada matèria, en aquest cas el dret de família. En la mesura que es vinculen al dret material, és lògic pensar que poden afectar a tot aquell procés en el que es pugui aplicar aquest dret material.

D'acord amb l'art. 87 ter LOPJ la competència per a conèixer dels processos de nul·litat, separació i divorci correspondrà als Jutjats de violència sobre la dona en aquells supòsits en els es donin els requisits del seu apartat 3r, és a dir:

- a) que es tracti d'un procés civil que tingui per objecte alguna de les matèries indicades en el número 2 del present article.

- b) Que alguna de les parts en el procés civil sigui víctima d'actes de violència de gènere, en els termes en els que fa referència l'apartat primer del mateix art. 87 ter LOPJ. Això és, supòsits en els que es pugui exigir la responsabilitat penal pels delictes compresos en els títols del Codi Penal relatius a l'homicidi, l'avortament, lesions al fetus, delictes contra la llibertat, delictes contra la integritat moral, contra la llibertat i indemnitat sexuals o qualsevol altre delicte comés amb violència o intimidació, sempre que haguessin estat comesos contra algú que sigui o hagi estat la seva esposa, o dona que estigui o hagi estat lligada a l'autor per anàloga relació d'afectivitat, tot i sense convivència, així com els comesos sobre els descendents, propis o de l'esposa o dona amb la que conviu, o sobre menors o incapaços que convisquin amb ell o que es trobin subjectes a la potestat, tutela, curatela, acolliment o guarda de fet de l'esposa o dona amb la que conviu, quan també s'hagi produït un acte de violència de gènere.

- c) que alguna de les parts en el procés civil sigui imputat com auto, inductor o cooperador necessari en la realització d'actes de violència de gènere.

- d) Que s'hagin iniciat davant del Jutge de Violència sobre la Dona actuacions penals per delicte o falta a conseqüència d'un acte de violència sobre la dona, o s'hagi adoptat alguna ordre de protecció a una víctima de violència de gènere.

L'existència de disposicions de dret català relatives a la família ja sigui a nivell substantiu com material, afectaran també aquells processos que es tramitin davant dels Jutjats de Violència sobre la Dona. La modificació de la competència no determina un canvi en la legislació processal aplicable en relació als processos matrimonials, de la mateixa manera que tampoc ho suposa respecte al dret substantiu aplicable respecte als processos que es tramitin davant dels Jutjats de Primera Instància.

L'apartat tercer de l'art. 233-1 PCCC. L'adopció per part de l'autoritat judicial competent de les garanties adients per assegurar el compliment de les mesures provisionals.

Delimitació de l'àmbit de la disposició.

L'art. 233-1-3 PCCC estableix que "L'autoritat judicial pot acordar les garanties adients per assegurar el compliment de les mesures provisionals". La redacció d'aquesta disposició és criticable per la seva vaguetat. Tan gran és el seu grau d'imprecisió que fins i tot fa difícil identificar a què fa referència. En la nostra opinió la disposició es podria analitzar des de una doble perspectiva.

- Podem entendre que aquest apartat tercer permet adoptar conjuntament a les mesures provisionals estrictament enteses, altres mesures cautelars destinades a complementar-les per aconseguir satisfer el contingut de les mateixes. Aquesta interpretació tindria la seva base en el fet que l'art. 103 CC a diferència de l'art. 233-1.1 PCCC al desenvolupar les mesures provisionals adoptables fa referència en alguna de les seves lletres a la possibilitat que té el Jutge per poder adoptar determinades mesures per a garantir aquella mesura provisional. Així el legislador català hauria pres com a referència aquest tipus de previsions i hauria optat per fer un reconeixement genèric de la possibilitat apte per a qualsevol tipus de mesura.
- L'altra opció és que l'apartat objecte d'estudi faci referència a l'execució de les mesures provisionals. És a dir, adoptades les mesures, una vegada es constati algun incompliment, s'autoritzi de forma genèrica al Jutge per a realitzar aquells actes que estimés necessaris per aconseguir el seu compliment. L'execució forçosa de les "mesures" es troba regulada a l'art. 776 LEC. Aquest precepte no distingeix entre les mesures provisionals i les definitives motiu pel que estimem que és aplicable en els dos supòsits. En la no previsió expressa estaria precisament la justificació de la referència del legislador català. De totes maneres, s'ha d'indicar que aquí la inclusió a la norma autonòmica no vindria justificada per una especialitat de la legislació catalana, sinó per una imprecisió de la legislació estatal.

En la nostra opinió creiem que el legislador català està fent referència a la primera opció senyalada, és a dir, a la possibilitat que en el marc d'adopció de les mesures provisionals es puguin adoptar altres mesures que vagin dirigides a assegurar el compliment d'aquestes mesures. En aquest sentit es tractaria en realitat d'un mesura composta.

Aquesta previsió no està mancada d'interès ja que des d'un inici ens podem imaginar supòsits en els que raonablement es pugui preveure l'incompliment per part del cònjuge que resulti obligat. A aquesta afirmació cal fer-li algunes precisions.

Exigència de concurrència dels pressupostos d'adopció de les mesures cautelars.

Les mesures provisionals com a tipus de mesures cautelars han rebut per part del legislador espanyol un tractament procedimental separat de la regulació genèrica de les mesures provisionals com a conseqüència de les especialitats que presenten i de les del propi procediment matrimonial. No obstant, això no obsta que continuïn formant part d'aquesta categoria més gran que són les mesures cautelars³⁷.

Conseqüència d'això és la necessitat, a nivell teòric, de concurrència dels pressupostos típics que configuren les mesures cautelars, és a dir, el *fumus boni iuris*, el *periculum in mora*, i la prestació de caució. La concurrència d'aquests pressupostos no s'exigeix expressament en el arts. 771 i 773 LEC, sinó que els trobem implícits ja que són objectivats en la regulació. El *fumus boni iuris*, queda reflexat en la petició de nul·litat, separació o divorci i en la regulació legal de moltes de les conseqüències de la ruptura matrimonial³⁸. Pel que fa al *periculum in mora* el trobem en la necessitat de regular la situació de crisi matrimonial com abans millor ja que la mera interposició de la demanda ja comporta modificacions en la situació familiar, al marge, és clar, de les modificacions de fet extraprocedimentals.

³⁷ No tenen naturalesa cautelar VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*, Comares, Granada, 1995, pp. 43 y ss.

³⁸ En aquest sentit SOLETO, H., *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, Tirant lo Blanch, València, 2002, p. 61.

No obstant, es pot observar fàcilment que la formació dels pressupostos d'aquesta manera no justifica l'adopció d'altres mesures que són conseqüència o tenen una relació directa amb les anteriors. Posem un exemple pràctic per a millor distinció. Com a mesura provisional el jutge pot acordar l'obligació d'un dels pares de satisfer una quantitat econòmica en concepte d'aliments per als fills. Amb aquesta mesura s'està regulant provisionalment una situació familiar que com a conseqüència de la ruptura familiar ben segur que es modificarà. Si com a conseqüència de la ruptura un dels pares marxa de l'habitatge familiar, difícilment es podrà continuar amb la mateixa dinàmica de pagament de les despeses dels fills que es seguia fins al moment, assumint probablement la gestió dels pagaments, sobretot ordinaris, el cònjuge que visqui amb els fills. Per això és lògic que es pugui preveure un règim de contribució del cònjuge que marxa en els aliments dels fills.

Una cosa molt diferent a la descrita en el paràgraf anterior és que en el moment de sol·licitud de les mesures provisionals ja es pugui preveure com a conseqüència dels fets concurrents que el cònjuge que resultarà obligat al pagament dels aliments no els satisfarà. És en un supòsit d'aquest tipus en el que s'ha d'emmarcar la previsió legislativa.

Dit això, s'ha d'indicar també que l'adopció d'aquest tipus de mesures suposa una ingerència encara més forta en l'esfera jurídica del cònjuge afectat en un moment en el que encara no s'ha produït cap tipus d'incompliment per a la seva part. Per tant, en la nostra opinió, creiem que en aquests supòsits s'ha d'aplicar el règim general de les mesures cautelars exigint per una banda, conforme amb l'art. 721 LEC, la sol·licitud de part i per l'altra, la concurrència del *periculum in mora* d'acord amb l'art. 728.1 LEC. És a dir, haurà de ser al·legat i justificat per la part sol·licitant de la mesura. En canvi, pel que fa al *fumus boni iuris*, aquest no sofreix cap modificació. La sol·licitud d'adopció de la mesura té el mateix fonament que la mesura provisional de la que deriva, no sent necessari per tant, la seva al·legació complementària.

L'eficàcia dels pactes relatius a les mesures provisionals.

Tal i com s'ha indicat al exposar el procediment a seguir per a l'adopció de les mesures provisionals, la llei contempla expressament la possibilitat que les parts arribin a un acord en relació amb el contingut que han de tenir les mateixes. L'art. 773 LEC estableix expressament que “ambdós cònjuges també poden sotmetre a l'aprovació del tribunal l'acord a què hagin arribat sobre aquestes qüestions. Aquest acord no és vinculant per a les pretensions respectives de les parts ni per a la decisió que pugui adoptar el tribunal pel que fa a les mesures definitives”.

El Projecte de Llei del Llibre II del Codi Civil de Catalunya conté una previsió similar. Al respecte l'art. 233-4 al regular les mesures definitives acordades pel tribunal estableix en el seu apartat segon:

“Els pactes assolits en mesures provisionals no són vinculants pel Tribunal que pot revisar, d'acord amb el resultat de les proves practicades, les mesures anteriorment establertes. En tot cas, les mesures d'ordre públic en relació amb els fills no tenen condició de cosa jutjada”.

L'anàlisi d'aquesta disposició ens porta a fer dos tipus d'observacions. La primera faria referència a la reiteració del contingut de l'art. 773 LEC i la segona a l'incís final de l'apartat en el que s'exclou l'eficàcia de cosa jutjada de les resolucions sobre mesures provisionals relatives als fills.

En relació amb la primera creiem que si bé l'art. 233-4.2 PCCC reitera el contingut de l'art. 773 LEC en realitat formalment el seu abast és més ampli. Mentre que la disposició de l'art. 773 LEC es fa en el marc de la regulació de les mesures provisionals coetànies de manera que es podria posar en dubte que la mateixa sigui aplicable també respecte de les mesures provisionals prèvies, la de l'art. 233-4.2 s'ubica sistemàticament en un precepte més genèric que és el de les mesures definitives, abarcant clarament qualsevol pacte al que s'hagi arribat en seu de mesures provisionals i amb independència si aquest s'ha pres en el marc d'una sol·licitud prèvia o amb la demanda. Com s'ha indicat, estimem que es tracta d'una apreciació merament formal ja que una interpretació coherent del contingut de

la LEC ens ha de portar, en la nostra opinió a considerar la disposició de l'art. 773 LEC també aplicable respecte de les mesures provisionals prèvies.

Conseqüència d'això és que si bé creiem que la col·locació sistemàtica de la disposició és més correcta en el Projecte de la Llei catalana, no estimem que la seva incorporació estigui justificada ja que per una banda suposa una reiteració i especialment, perquè no suposa una especialitat derivada del dret civil català.

La segona observació fa referència a l'incís final d'aquest apartat segon de l'art. 233-4 PCCC. Com hem indicat en ell s'estableix que "les mesures d'ordre públic en relació amb els fills no tenen condició de cosa jutjada". Aquesta disposició és criticable per imprecisa ja que no identifica si està referint-se a les mesures provisionals o definitives. Al respecte cal dir que si bé està incorporada a continuació d'un enunciat referit a les mesures provisionals no té una relació directa amb el contingut de la frase precedent. A més, no cal oblidar que es troba situat en un precepte en el que es regula el règim de les mesures definitives.

Sigui com sigui la disposició no deixa de ser sorprenent. Tant si entenem que la disposició fa referència a les mesures provisionals com que fa referència a les mesures definitives el cas és que, sense entrar a discutir el valor de cosa jutjada d'aquestes resolucions, tant la LEC en el seu art. 775 com el PCCC a l'art. 233-7 permeten la modificació de les mesures sempre que concorri una condició: que variïn substancialment les circumstàncies existents en el moment de la seva adopció.

De fet, la disposició té una previsió que en la nostra opinió xoca amb qualsevol criteri de seguretat. La incorporació d'una disposició d'aquest tipus ens podria portar a una interpretació del tipus següent. Si la Llei diu que les mesures d'ordre públic en relació amb els fills no tenen efecte de cosa jutjada, vol dir que totes les demés sí. I si la Llei als seus preceptes no distingeix entre les unes i les altres en relació a la modificabilitat, podríem entendre dues coses: o bé que l'art. 233-7 PCCC fa referència només a aquelles que produeixen efecte de cosa jutjada habilitant la seva modificació quan concorrin unes determinades circumstàncies, o bé que aquest article només permet la modificabilitat respecte de les mesures que no produeixen efecte de cosa jutjada. Conseqüència de la primera opció seria l'admissió de la modificabilitat de les mesures d'ordre públic respecte als fills que no tenen efecte de cosa jutjada sense necessitat de complir els requisits de

l'art. 233-7 PCCC, mentre que les altres quedarien sotmeses al compliment dels requisits. Al respecte s'ha de tenir en compte que aquesta opció permetria la modificació de les mesures d'ordre públic en relació amb els fills en qualsevol moment cosa que eliminaria tota seguretat al sistema. L'altra opció, la que parteix de la base que l'art. 233-7 PCCC només seria aplicable respecte d'aquest tipus de mesures d'ordre públic ja que són les úniques que no produeixen efecte de cosa jutjada i per tant modificables, determina la immutabilitat de la resta de les mesures, fet que resulta contrari a tota la nostra tradició jurídica al respecte.

L'anterior exposició ens serveix per veure que la previsió de l'art. 233-3.2 PCCC no té sinó efectes distorsionants a la vegada que no en té cap de pràctic.

Proposta d'esmenes.

Art. 233-1.1

Quedaria redactat de la següent manera:

“D'acord amb els procediments establerts es podran adoptar les següents mesures provisionals:

- a) La distribució de les responsabilitats parentals envers els fills i, si no s'estableix en forma compartida, l'assignació de la custòdia al progenitor més idoni, en interès del menor. En qualsevol cas s'ha de concretar el règim de relació dels fills amb el progenitor amb qui no resideixin habitualment. Excepcionalment, l'autoritat judicial pot encomanar la guàrdia i custòdia dels fills als avis, a altres parents, a persones properes o, en el seu defecte, a una institució idònia, a les quals es poden conferir funcions tutelars amb suspensió de la potestat parental.
- b) La distribució de les responsabilitats alimentícies a favor dels fills i, si escau, a favor d'un dels cònjuges.
- c) L'assignació de l'ús de l'habitatge familiar amb el seu parament o, alternativament, l'adopció de les mesures que garanteixin les necessitats d'habitatge dels cònjuges i

dels fills. En el cas que s'assigni l'habitatge familiar a un cònjuge, l'autoritat judicial ha de fixar la data en què l'altre haurà d'abandonar-lo.

- d) El règim de tinença i administració dels béns en comunitat ordinària indivisa i també dels que per capítols matrimonials o escriptura pública estiguin especialment afectes a les despeses familiars i, si el règim es de comunitat, dels béns comuns.
- e) Les necessàries per evitar el desplaçament o la retenció il·lícits dels fills, si n'hi hagués el risc”.

Motivació de la modificació:

En la redacció actual del Projecte, el primer paràgraf de l'article reitera el contingut dels arts. 771 i 773 LEC, sent merament descriptiva. Aquest fet contribueix a generar confusió en l'aplicació de la llei.

Art 233-1.3

Quedarà redactat de la següent manera:

“Juntament amb les mesures provisionals l'autoritat judicial competent podrà adoptar les mesures cautelars necessàries per assegurar l'eficàcia de les mesures provisionals”.

Motivació de la Modificació:

La redacció actual del Projecte és imprecisa ja que no permet delimitar amb claredat els aspectes que està regulant i els límits del mateixos.

S'afegeix un apartat 4t a l'art. 233-1

“Els acords adoptats en relació amb les mesures provisionals seran aprovats per l'autoritat competent llevat dels punts que no siguin conformes amb l'interès del menor”.

Motivació de la modificació:

S'unifica el criteri de valoració dels acords presos en seu de mesures provisionals amb aquell que estableix l'art. 233-3 per als acords adoptats en conveni regulador. D'aquesta manera es contribueix a donar coherència al sistema.

Art. 233-2.3.

Aclarir que els cònjuges tenen la possibilitat d'acumular al procés matrimonial la divisió dels béns comuns, però mai l'obligació i que poden acudir a un procediment ordinari independent.

La finalitat d'aquesta proposta d'esmena és determinar el procediment i òrgan competent per tramitar el procediment ordinari de divisió de la cosa comuna.

Article 233-4.2

Eliminació.

Motivació de la modificació:

L'apartat per una banda reitera el contingut de la LEC a la vegada que no queda justificada la seva especialitat. Així mateix l'exclusió expressa de la producció d'efectes de cosa jutjada de les mesures d'ordre públic en relació amb els fills és imprecisa a la vegada que produeix efectes distorsionants.

Art. 233-9.2.

Supressió ja que la possibilitat de sol·licitar el dictamen pericial judicial es regula en la disposició addicional 4.

Disposició adicional 8

S'hauria d'introduir una esmena que permetés que anteriorment a la vista les parts poguessin sol·licitar l'auxili de l'autoritat judicial, que poguessin ser el dia de la vista totes aquelles fonts de prova que siguin necessàries per a la defensa dels interessos de la part i que la mateixa no les pot aportar voluntàriament, especialment a través del disposat als articles 328 i ss. En relació amb els articles 265-2 i 269 LEC.

Disposició adicional 4.3.1

Quedarà redactada de la següent manera:

"Les parts hauran de comparèixer a la vista amb tota la prova de la qual s'hagin de valer. Les parts podran sol·licitar de l'autoritat judicial dins dels cinc dies següents a la citació per comparèixer a la vista, les proves que havent de practicar-se en la mateixa, requereixin de diligències de citació o requeriment. El dia de la vista, en cas que cap calgui diligència de prova que s'hagi d'obtenir mitjançant auxili judicial, l'autoritat judicial decidirà, escoltades li al·legacions d'ambdues parts, amb suspensió de la tramitació el temps indispensable".

Motivació de la modificació:

La Llei d'Enjudiciament Civil exigeix que tots els mitjans de prova es practiquin en la vista amb subjecció als principis d'unitat d'acte i d'immediatesa, així tal com disposa l'article 290 de la Llei. Per tant, l'esmentada disposició quarta compleix plenament amb la previsió de l'article 290 de la Llei d'Enjudiciament Civil.

No obstant això a la pràctica diària és materialment impossible que les parts puguin disposar dels mitjans de prova el dia de la vista, ja que moltes d'aquestes fonts de prova seran en arxius pels que es necessitarà l'auxili de l'autoritat judicial per aconseguir la seva aportació al judici, en no poder obtenir-les la part personalment.

Perquè la previsió legal continguda en la disposició adicional quarta del projecte resulti eficaç, s'hauria de regular la possibilitat que qualsevol de les parts anteriorment a la

compareixença de la vista, pugui sol·licitar de l'autoritat judicial la proves que havent de practicar-se en la mateixa, requereixin de diligències de citació o requeriment. No ens estem referint només a la citació de parts o testimonis, sinó també dels mitjans de prova que per ser practicats en la vista precisin de requeriment, tant respecte de la part contrària, com de tercers, bé sigui organismes públics o empreses i persones físiques.

És a dir, quan algun mitjà de prova no pot estar disponible anteriorment a la vista, a fi de complir la previsió de l'article 290 de la Llei d'Enjudiciament Civil i la disposició addicional quarta del Projecte, pugui sol·licitar-se a l'autoritat judicial anteriorment a l'assenyalament de la vista, la proves que havent de practicar-se en la mateixa, requereixin de diligències de citació o requeriment, perquè es pugui practicar en la vista.

És necessari que les esmentades fonts de prova siguin portades a les actuacions perquè es trobin presents el dia de la vista, ja que un dels requisits essencials d'un procediment oral és que les proves es practiquin amb la deguda contradicció, en igualtat d'armes i sota la immediatesa judicial, tal com preceptua l'art. 289 de la Llei d'Enjudiciament Civil i es garanteixi la tutela judicial efectiva de l'article 24 de la Constitució.

Hem de ressaltar que moltes d'aquestes fonts de prova, s'utilitzaran per poder preguntar a les parts, testimonis, etc., i que requereixen del seu previ examen i exhibició i el que és més important, que tal com disposa l'art. 427 LEC, d'aplicació per al tràmit del judici verbal, ja que el judici verbal es regeix pels mateixos principis que l'ordinari, però en unitat d'acte en la vista, les parts han de pronunciar-se sobre tots els documents, informes i dictàmens abans de la proposició de prova i si no són impugnats, ni contradits, entren en el procés amb tot el seu valor probatori, sense perjudici de la lliure valoració de l'autoritat judicial.

Disposició addicional 4.2

Eliminació

Motivació de la supressió:

La disposició addicional quarta del projecte, regula les especialitats processals relatives a pretensions patrimonials exercides dins del processos matrimonials.

Es tracta, per tant, d'aspectes patrimonials de les relacions convivencials, d'aplicació, conforme a la disposició addicional sisena, a la ruptura de la parella estable.

Els aspectes patrimonials d'una relació de convivència, es regeixen pel principi dispositiu i d'aportació de part, així com d'intervenció mínima de l'autoritat judicial, qui ha de resoldre la controvèrsia en funció de les al·legacions plantejades i les proves practicades. El paràgraf 2 de la disposició quarta trenca els esmentats principis i converteix l'autoritat judicial en una part més del procediment, de forma involuntària, quedant viciat en la resolució que hagi de dictar-me, en plantejar la necessitat de proposar la pràctica de proves sobre fets controvertits, que no hagin quedat prou acreditats; quan aquesta és una funció bàsica i essencial de la direcció lletrada de cada una de les parts, que en molts supòsits, en nom del legítim dret de defensa, no hauran cregut adequat l'aportació d'una determinada font de prova, ni la seva proposició.

La jurisprudència dels Tribunals i en relació amb l'article 429, 1 de la Llei d'Enjudiciament Civil, ja ha resolt, de forma reiterada, que la previsió legal continguda a l'esmentat article, és una mera facultat que té l'autoritat judicial i no obligació, sense que pugui servir de fonament per reparar la inexistència de prova o les proposades per les parts inadequadament, sense que pugui obviar-se la normativa de la càrrega de la prova de l'article 217 de la Llei d'Enjudiciament Civil, en una matèria patrimonial, com la que s'està regulant.

Com resol la sentència de la Secció 3a de l'Audiència Provincial de les Illes Balears de 3 de maig de 2005 (JUR 2005 \ 119239), en interpretar el paràgraf 1 de l'article 439 de la Llei d'Enjudiciament Civil: "En definitiva, la nova norma introdueix un mecanisme per facilitar la convicció judicial sobre els fets controvertits mitjançant la facultat d'integració probatòria, però no imposa al jutge un deure de controlar la suficiència probatòria".

La redacció donada al paràgraf segon de la disposició addicional quarta, estableix una obligació i no una facultat, en utilitzar el terme "indicarà", el que suposa una ingerència inacceptable de l'autoritat judicial en el procediment civil, regit pel principi de rogació i d'aportació de part.

Se sol·licita la supressió del paràgraf segon, en imposar a l'autoritat judicial un deure de

controlar la suficiència probatòria, en matèria de pretensions patrimonials, el que suposa una fallida en el principi bàsic d'igualtat de parts.

Disposició addicional 7.2

Eliminació.

Motivació de la supressió:

Ens trobem davant d'un dictamen pericial que bé sigui de part o judicial és valorat lliurement pel Jutge, donat que aquest és qui ha de decidir el valor que li atorga després de l'anàlisi que realitzi de la forma d'elaborar-lo i les màximes de l'experiència que aporti.

Si es pretén garantir l'objectivitat s'hauria de regular la pràctica anticipada del dictamen pericial ja que d'aquesta forma l'Òrgan Judicial delimitaria l'objecte de la perícia i la capacitat tècnica del pèrit, extrems que no es resolen amb el tenor literal de la disposició addicional 7.2.

Disposició addicional 7.3

Eliminació.

Motivació de la supressió:

Entenem que el cònjuge no pot ser obligat a col·laborar en l'elaboració d'un dictamen pericial realitzat a instància de part. Com s'ha indicat anteriorment les garanties judicials del dictamen pericial judicial no són només la designació del pèrit, sinó la determinació de l'objecte i la capacitat tècnica del pèrit.

D'altra banda no se'l pot sancionar amb la no possible sol·licitud d'un dictamen pericial judicial realitzat amb càrrec als pressuposts perquè d'aquesta forma se sanciona la part que tingui el dret a l'assistència jurídica gratuïta, que és l'únic supòsit en el qual el peritatge es realitza amb càrrec als pressuposts de l'administració de Justícia. A més ens trobem

davant d'una prova que pot ser decretada d'ofici pel Tribunal, per la qual cosa aquesta sanció mancarà d'eficàcia.

Disposició addicional 7.4

S'ha de permetre que les parts i el Ministeri Fiscal sol·licitin la pràctica del dictamen pericial judicial.

ÍNDIX DE BIBLIOGRAFIA

ABEL LLUCH, "la prueba pericial", a *Estudios prácticos sobre los medios de prueba* 3, Barcelona, 2009.

BAYOD LÓPEZ, "Parejas no casadas, capítulos matrimoniales y normas de régimen económico matrimonial", a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 262, gener-febrer, 1995.

CALDERÓN CUADRADO, M^a P., "Medidas provisionales en nulidad separación y divorcio (la aplicación práctica de los artículos 102 a 106 del CC y 771 a 773 de la LEC)", Tirant lo Blanch, València, 2002.

Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 12, 2006, CGPJ.

FEMINIA LÓPEZ, *El régimen económico del Matrimonio*, 2005.

FONT SERRA, "El dictamen de peritos en la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil", a *La Prueba*, Cuadernos de Derecho Judicial 7/2000, versió electrònica.

GASPAR LERA, S. "La Ordenación de la economía familiar. Cuestiones y tendencias", a *Estudios de Derecho Judicial* 2007/130, versió electrònica.

GOMEZ ORBANEJA, en "Derecho y Proceso", en *Derecho y Proceso*, editorial Civitas, Madrid, 2009.

GONZALEZ DEL POZO, "Acuerdos y contratos prematrimoniales", a *El Derecho*, EDO 2008\118582.

LACRUZ BERDEJO, "Capitulaciones matrimoniales y estipulación capitular", a *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, tom II, gener, 1993.

LEDESMA IBÁÑEZ, P., "La prueba pericial en la LEC. Problemática detectada en la práctica judicial", a *La prueba pericial en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, 12/2006, CGPJ.

MONTERO AROCA, J., "Especialidades de la prueba pericial en el juicio verbal", a *La prueba pericial en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial, 12/2006, CGPJ.

MORENO-TORRES HERRERA, "Contenido y concepto de las capitulaciones matrimoniales", a *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 634, juny 1996.

NIEVA FENOLL, J., "La recuperació del Dret Processal català. Possibilitats constitucionals de desenvolupament", *Revista Catalana de Dret Privat*, vol. 4, 2004.

O'CALLAGHAN, *Compendio de Derecho Civil*, tom 4, 2001, versió electrònica.

PAZ ARES "Previsiones capitulares", a *Recientes modificaciones legislativas para abogados de familia*, febrer de 2008, versió electrònica generada per VLEX.

PEREDA GÁMEZ, F. J., “La prueba pericial en los litigios derivados de la Ley de Ordenación de la Edificación”, a *La prueba pericial en el proceso civil*
PÉREZ DAUDÍ, V., *El allanamiento en el proceso civil*, Barcelona, 2000.

PEREZ SANZ, “Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales. Conferencia pronunciada en la Academia Matritense del Notariado el día 21 de octubre de 1982”, a *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tom XXVI, gener 1987, versió electrònica generada por VLEX.

ROCA, E. en *Autonomía, crisis matrimonial y contratos con ocasión de la crisis*, a “Homenaje al profesor Lluís Puig i Ferriol”, volumen II, Valencia, 2006.

SERRA DOMÍNGUEZ, M., “La prueba pericial”, a *Instituciones del Nuevo Proceso Civil. Comentarios sistemáticos a la Ley 1/2000*, volum II, Barcelona, 2000.

SOLETO, H., *Las medidas provisionales en los procesos de familia*, Tirant lo Blanch, València, 2002.

VILLAGÓMEZ CEBRIÁN, M., *Las medidas y los efectos en los procesos matrimoniales*, Comares, Granada, 1995.

ZARRALUQUI SANCHEZ-EZNARRIAGA, “Acuerdos prematrimoniales. Hacia la validez de los pactos preventivos de la ruptura conyugal”, *Economist&Jurist*, març, 2009.

ZUBIRI DE SALINAS, F., “Valoración de la prueba pericial”, *La prueba pericial en el proceso civil*, Cuadernos de Derecho Judicial 12/2006, CGPJ.