

Jesus M^a Sanchez Garcia.

10/11/2015

La reforma de la Jurisdicción Voluntaria y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el ámbito del derecho de familia

I.- Introducción

a) Ley 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria.

En el Título III de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV) se regulan los expedientes de jurisdicción voluntaria en materia de familia.

Como advierte el Notario Ángel Serrano de Nicolás ("Ley de Jurisdicción Voluntaria. Aspectos de mayor relevancia notarial", especial nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria, Wolters Kluwer, edición julio 2015), el contenido de la LJV permite diferenciar dos grandes bloques. En un primer bloque se encuentra la regulación de la Jurisdicción Voluntaria propiamente dicha o lo que es su propio objeto y ámbito de aplicación, definido en el artículo 1 de la LJV. El segundo bloque viene constituido por el conjunto de disposiciones finales que contemplan una amplia intervención del Notariado (en algunos supuestos de los Registradores de la Propiedad y Mercantiles) mediante la modificación de múltiples artículos del Código Civil y otras normas de derecho privado.

La disposición final primera de la LJV única y exclusivamente modifica determinados preceptos del Código Civil (en adelante CC) y otros Cuerpos Legales, sin que se vean afectadas leyes civiles autonómicas, como el Código Civil de Cataluña (en adelante CCC), que seguirán rigiéndose por sus disposiciones propias respecto de cada una de las materias que regulan.

La Ley de la Jurisdicción Voluntaria opta por la alternatividad, atribuyendo el conocimiento de un importante número de asuntos a los Letrados de la Administración de Justicia (en adelante LAJ), Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento.

Para analizar qué vía de las reguladas por el legislador en cada uno de esos supuestos es la más idónea, deberá tenerse en cuenta en cada caso concreto, en uno y otro ámbito, tres elementos:

- a. En primer lugar, el coste económico del expediente, incluidas las repercusiones fiscales.
- b. En segundo lugar, la duración temporal del expediente.
- c. Y, en tercer lugar, la eficacia de la resolución.

En este contexto es donde deberán valorarse las distintas alternativas

b) Ley 42/2015, de 5 de octubre de reforma de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil.

La enésima reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), operada por la Ley 42/2015, de 5 de octubre de reforma de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (en adelante Ley 42/2015), publicada en el BOE del 6 de octubre de 2015 y que entró en vigor al día siguiente de su publicación (salvo los supuestos que la disposición final duodécima prevé, en la que se establecen tres plazos distintos de entrada en vigor), no incorpora especiales novedades en el Libro IV de la LEC, aunque modifica de forma sustancial la tramitación del juicio declarativo verbal y diversos artículos en materia de aportación y obtención de fuentes de prueba y recursos sobre la misma.

II) La reforma de la Jurisdicción Voluntaria en el ámbito del derecho de familia.

a) Aspectos básicos de la jurisdicción voluntaria en el ámbito del derecho de familia.

La nueva LJV tiene carácter independiente de la LEC, sin perjuicio del carácter supletorio de la LEC regulado en el artículo 8 de la LJV, al establecer que "las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil serán de aplicación supletoria a los expedientes de jurisdicción voluntaria en todo lo no regulado por la presente Ley". (En la misma línea de lo previsto en el artículo 4 de la LEC).

En sede judicial, La LJV otorga al juez el conocimiento de aquellos expedientes que afectan al interés público o al estado civil de las personas, así como los que precisan una específica actividad de tutela de normas sustantivas, los que pueden deparar actos de disposición o de reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos o cuando estén en juego los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente, dejando la competencia para el conocimiento del resto de expedientes al LAJ.

En materia de derecho de familia se regulan en la LJV la dispensa del impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior (arts. 81 a 84) (que anteriormente correspondía al Ministro de Justicia), el de parentesco para contraer matrimonio (art. 85), la intervención judicial en relación con la adopción de medidas específicas para el caso de desacuerdo en el ejercicio de la patria potestad o para el caso de ejercicio inadecuado de la potestad de guarda o de administración de los bienes del menor o persona con capacidad modificada judicialmente (arts. 87 a 89) y un procedimiento para los casos de desacuerdo conyugal y en la administración de bienes gananciales (art. 90).

1) Sobre la postulación procesal, la intervención del Ministerio Fiscal y la prueba.

En los expedientes de jurisdicción voluntaria en sede jurisdiccional, la intervención del abogado queda reducida a aquéllos supuestos en los que la propia LJV prevé su intervención preceptiva. Por lo que habrá que estar a cada caso concreto que expresamente se prevea.

El párrafo segundo del artículo 3 de la LJV prevé que "tanto los solicitantes como los interesados deberán actuar defendidos por Letrado y representados por Procurador, en aquellos expedientes en que así lo prevea la presente Ley", estableciendo a continuación una "obviedad": "no obstante, aun cuando no sea requerido por ley, las partes que lo deseen podrán actuar asistidas o representadas por Abogado y Procurador, respectivamente".

Lo que si se ha previsto con carácter general es la preceptiva postulación procesal, tanto de abogado, como de procurador, para la presentación de los recursos de revisión y apelación que en su caso se interpongan contra la resolución definitiva que se dicte en el expediente, así como a partir del momento en que se formule oposición (art. 3,2-2).

En el artículo 3,2-2, último inciso, se establece que será necesaria la actuación de Abogado y Procurador a partir del momento en que se formule oposición y el artículo 17,3-2, prevé que si alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los 5 días siguientes a su citación, sin que se haga contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea, dándose traslado del escrito de oposición a la parte solicitante inmediatamente.

No regula la LJV que también tenga que intervenir con Procurador y Abogado el solicitante del expediente, cuando se formule oposición, si previamente no lo ha efectuado, ni, en dicho supuesto, el momento procesal en que una vez formulada oposición deba el solicitante intervenir con abogado y procurador. Se limita a disponer la norma que "del escrito de oposición se dará

traslado a la parte solicitante inmediatamente", para regular en el artículo 18 la celebración de la comparecencia, dentro de los treinta días siguientes a la admisión de la solicitud, que se sustanciará por los trámites del juicio verbal, con las especialidades que el propio artículo contiene.

Entendemos que el LAJ, a quien corresponde el impulso del procedimiento (art. 2,2), con el traslado del escrito de oposición deberá requerir al solicitante para que, si no estuviese representado por Procurador y asistido de Letrado, complemente la preceptiva postulación procesal, en el término de los cinco días siguientes desde el traslado del escrito de oposición y señalamiento para la comparecencia.

Creemos que, pese a no haberse previsto de forma expresa, en los supuestos de oposición será preceptivo también para el solicitante del expediente actuar con la debida postulación procesal.

La omisión del legislador en este punto debe completarse con una interpretación teleológica de las normas sustantivas y procesales, tanto de nuestro derecho nacional, como supranacional, aplicando el control de convencionalidad (art. 10 y 96 de la CE) y de primacía del derecho comunitario (STJUE 15 de julio de 1964) y que ha sido elevado a rango legal, con la incorporación del nuevo artículo 4 bis de la LOPJ, a través de la LO 7/2015, estableciendo que "los Jueces y Tribunales aplicarán el Derecho de la Unión Europea de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea".

Recordemos que la sentencia del TJUE de 17 de julio de 2014 (asunto C-169/14), resolviendo una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal español, analizando los principios de equivalencia y efectividad del derecho procesal en los Países de la UE, en su apartado 49 recordó que *"constituye jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el principio de igualdad de armas, lo mismo que, en particular, el de contradicción, no es sino el corolario del concepto mismo de proceso justo, que implica la obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria (sentencia Suède y otros/API y Comisión C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P, EU:C:2010:541, apartado 88)"*.

Por otra parte conforme la remisión que efectúa el artículo 8 de la LJV a las disposiciones de la LEC, hemos de recordar que el artículo 132, 2 de la LEC prevé que cuando no se fije plazo, ni término, las actuaciones del proceso se practicarán sin dilación. En mi opinión el plazo que debería concederse es el de cinco días, por aplicación analógica del artículo 16,4 de la LJV, que regula un

plazo de cinco días para subsanar defectos u omisiones en la solicitud del expediente.

El artículo 4 de la LJV prevé la intervención del Ministerio Fiscal en los expedientes de jurisdicción voluntaria cuando afecten al estado civil o condición de la persona o esté comprometido el interés de un menor o una persona con capacidad modificada judicialmente y en aquellos otros casos en que la ley expresamente así lo declare.

Por su parte el artículo 5, en materia de prueba, establece que tanto el Juez como el LAJ, según quien sea competente para el conocimiento del expediente, decidirá sobre la admisión de los medios de prueba que se propongan, pudiendo ordenar prueba de oficio en los casos que exista un interés público, se afecte a menores o persona con capacidad modificada judicialmente, lo estime conveniente para clarificar cualquier elemento relevante y determinante de la cuestión o expresamente lo prevea la ley.

Los gastos ocasionados en los expedientes de jurisdicción voluntaria serán a cargo del solicitante, salvo que la ley disponga otra cosa y los gastos ocasionados por testigos y peritos serán a cargo de quien los proponga (art. 7).

2) Breve referencia a la tramitación del expediente.

El expediente se iniciará de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal o por solicitud formulada por persona legitimada, en la que se consignarán los datos y circunstancias de identificación del solicitante, con indicación de un domicilio a efectos de notificaciones, debiéndose exponer con claridad y precisión lo que se pida, así como una exposición de los hechos y fundamentos jurídicos en que se fundamente la pretensión, debiéndose acompañar los documentos y dictámenes que el solicitante considere de interés para el expediente y tantas copias cuantos sean los interesados.

Cuando no sea preceptiva la intervención de abogado y procurador se facilitará al interesado en la Oficina Judicial un impreso normalizado para formular la solicitud, no siendo en ese caso necesario que se concrete la fundamentación jurídica de lo solicitado.

Si hubiese defectos u omisiones en la solicitud presentada el LAJ dará un plazo de cinco días para proceder a su subsanación y si ésta no se llevara a cabo en el plazo señalado, se tendrá por no presentada la solicitud y se procederá al archivo directamente de las actuaciones, cuando el expediente sea de la competencia del LAJ, dando cuenta al Juez cuando no sea así, para que acuerde lo que proceda.

Admitida la solicitud el LAJ citará a una comparecencia a quienes hayan de intervenir en el expediente, siempre que concurra alguna de estas tres circunstancias:

1. Que, conforme a la ley, debieran ser oídos en el expediente interesados distintos del solicitante.
2. Que hubieran de practicarse pruebas ante el Juez el LAJ.
3. Que el Juez o el LAJ consideren necesaria la celebración de la comparecencia para la mejor resolución del expediente.

Si solo hubiera que oír al Ministerio Fiscal y no fuera necesaria la realización de prueba, éste emitirá su informe por escrito en el plazo de diez días.

Los interesados deberán ser citados a la comparecencia al menos con quince días de antelación a su celebración y deberán ser avisados de que deberán acudir a la comparecencia con los medios de prueba de que intenten valerse y en el caso de que alguno de los interesados fuera a formular oposición, deberá hacerlo en los cinco días siguientes a su citación y no se hará contencioso el expediente, ni impedirá que continúe su tramitación hasta que sea resuelto, salvo que la ley expresamente lo prevea.

Del escrito de oposición se dará traslado a la parte solicitante inmediatamente y la comparecencia se celebrará ante el Juez o el propio LAJ, según quien tenga la competencia para conocer del expediente, dentro de los treinta días siguientes a la admisión de la solicitud y se sustanciará por los trámites previstos en la LEC para la vista del juicio verbal con las siguientes especialidades:

1. Si el solicitante no asistiere a la comparecencia, el Juez o el LAJ, dependiendo de a quién corresponda la resolución del expediente, acordará el archivo del expediente, teniéndole por desistido del mismo. Si no asistiese alguno de los demás citados, se celebrará el acto y continuará el expediente, sin más citaciones ni notificaciones que las que la ley disponga.
2. El Juez o el LAJ, según quien presida la comparecencia, oirá al solicitante, a los demás citados y a las personas que la ley disponga, y podrá acordar, de oficio o a instancia del solicitante o del Ministerio Fiscal en su caso, la audiencia de aquéllos cuyos derechos o intereses pudieran verse afectados por la resolución del expediente. Se garantizará, a través de los medios y apoyos necesarios, la intervención de las personas con discapacidad en términos que les sean accesibles y comprensibles.

3. Si se plantearan cuestiones procesales, incluidas las relativas a la competencia, que puedan impedir la válida prosecución del expediente, el Juez o el LAJ, oídos los comparecientes, las resolverá oralmente en el propio acto.
4. Cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, se practicarán también en el mismo acto o, si no fuere posible, en los diez días siguientes, las diligencias relativas a dichos intereses que se acuerden de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal.
El Juez o el LAJ podrán acordar que la audiencia del menor o persona con capacidad modificada judicialmente se practique en acto separado, sin interferencias de otras personas, pudiendo asistir el Ministerio Fiscal. En todo caso se garantizará que puedan ser oídos en condiciones idóneas, en términos que les sean accesibles, comprensibles y adaptados a su edad, madurez y circunstancias, recabando el auxilio de especialistas cuando ello fuera necesario. Del resultado de la exploración se extenderá acta detallada y, siempre que sea posible, será grabada en soporte audiovisual. Si ello tuviera lugar después de la comparecencia, se dará traslado del acta correspondiente a los interesados para que puedan efectuar alegaciones en el plazo de cinco días.
5. En la celebración de la comparecencia, una vez practicadas las pruebas, se permitirá a los interesados formular oralmente sus conclusiones.
6. El desarrollo de la comparecencia se registrará en soporte apto para la grabación y reproducción del sonido y de la imagen, de conformidad con lo dispuesto en la LEC.

El expediente se resolverá mediante Auto o Decreto, según corresponda la competencia al Juez o al LAJ y cuando el expediente afecte a los intereses de un menor o persona con capacidad modificada judicialmente, la decisión se podrá fundar en cualesquiera hechos de los que se hubiere tenido conocimiento como consecuencia de las alegaciones de los interesados, las pruebas o la celebración de la comparecencia, aunque no hubieran sido invocadas por el solicitante, ni por otros interesados.

Resuelto un expediente de jurisdicción voluntaria y una vez firme la resolución, no podrá iniciarse otro sobre idéntico objeto, salvo que cambien las circunstancias que dieron lugar a aquél. Lo decidido en el expediente vinculará a cualquier otra actuación o expediente posterior que resulten conexos a aquél y será de aplicación también respecto a los expedientes tramitados por Notarios

y Registradores en aquellas materias cuyo conocimiento sea concurrente con el del LAJ.

La resolución de un expediente de jurisdicción voluntaria no impedirá la incoación de un proceso jurisdiccional posterior con el mismo objeto, debiendo pronunciarse la resolución que se dicte sobre la confirmación, modificación o revocación de lo acordado en el expediente de jurisdicción voluntaria.

3) Recursos.

Contra las resoluciones interlocutorias dictadas en los expedientes de jurisdicción voluntaria cabrá recurso de reposición, en los términos previstos en la LEC y si la resolución impugnada se hubiera acordado durante la celebración de la comparecencia, el recurso se tramitará y resolverá oralmente en ese mismo momento.

En materia de prueba debemos recordar que la Ley 42/2015, ha modificado los artículos 285 y 446 de la LEC, al establecer que sobre la admisión o inadmisión de pruebas solo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto y si se desestimare, la parte podrá formular protesta al efecto de hacer valer sus derechos, en su caso, en la segunda instancia

Las resoluciones definitivas dictadas por el Juez en los expedientes de jurisdicción voluntaria podrán ser recurridas en apelación por cualquier interesado que se considere perjudicado por ella, conforme a lo dispuesto en la LEC, sin que el recurso de apelación tenga efectos suspensivos, salvo que la ley expresamente disponga lo contrario.

Si la decisión proviene del LAJ deberá interponerse recurso de revisión ante el Juez competente, en los términos previstos en la LEC.

4. Caducidad y cumplimiento y ejecución de la resolución.

Se tendrá por abandonado el expediente si, pese al impulso de oficio de las actuaciones, no se produce actividad promovida por los interesados en el plazo de seis meses desde la última notificación practicada, correspondiendo la competencia para declarar la caducidad del expediente al LAJ, siendo el Decreto que dicte recurrible en revisión.

Por último, la ejecución de la resolución firme que pone fin al expediente de jurisdicción voluntaria se regirá por lo establecido en la LEC y, en particular, en los artículos 521 y 522, pudiéndose en todo caso instar de inmediato la realización de aquellos actos que resulten precisos para dar eficacia a lo decidido.

Si cualquiera de los expedientes a los que se refiere la presente Ley diera lugar a un hecho o acto inscribible en el Registro Civil, se expedirá testimonio de la resolución que corresponda a los efectos de su inscripción o anotación y si la resolución fuera inscribible en el Registro de la Propiedad, Mercantil u otro registro público, deberá expedirse, a instancia de parte, mandamiento a los efectos de su constancia registral. La remisión se realizará por medios electrónicos. La calificación de los Registradores se limitará a la competencia del Juez o el LAJ, a la congruencia del mandato con el expediente en que se hubiere dictado, a las formalidades extrínsecas de la resolución y a los obstáculos que surjan del Registro.

b) La alternatividad en la separación y divorcio de mutuo acuerdo.

A través de las disposiciones finales primera, tercera, cuarta y undécima de la LJV se modifican, respectivamente, los artículos 82 y 87 del CC, el apartado 4 y se añade un apartado 10 al artículo 777 de la LEC, el artículo 61 de Ley 20/2011 de 21 de julio del Registro Civil (en adelante LRC) y el artículo 54 de la Ley del Notariado (en adelante LN).

Si se opta por acudir a la separación o divorcio de mutuo acuerdo a través de la vía jurisdiccional será preceptiva la postulación procesal de abogado y procurador, mientras que si se opta por la vía notarial solamente será obligatorio la asistencia en el otorgamiento de la escritura pública de letrado en ejercicio.

La competencia del LAJ viene limitada a los supuestos en los que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

En los supuestos en que los cónyuges no tengan hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente y carezcan de un patrimonio relevante, la vía notarial parece que sea el medio más idóneo y rápido para obtener la separación o divorcio de mutuo acuerdo.

En la práctica forense es frecuente encontrarse con pactos que se estipulan para ordenar y liquidar las relaciones económicas de los cónyuges y que en ocasiones no son aprobados por los Juzgados de Familia por exceder de su ámbito objetivo competencial, sin perjuicio del carácter vinculante entre las partes. Así sucede, en ocasiones, con el pacto relativo a la extinción del proindiviso del domicilio conyugal gravado con un préstamo hipotecario, del que son deudores solidarios ambos esposos y respecto del cual los cónyuges acuerdan que el que se adjudica el pleno dominio se obliga a liberar al otro de su condición de deudor hipotecario, siendo frecuente que los jueces de familia,

con toda lógica, no aprueben ese acuerdo de liberación, por cuanto afecta a un tercero ajeno al procedimiento, que es la entidad bancaria.

Es más que probable que ese pacto obligacional, que solo tiene efectos entre las partes contratantes y no frente a terceros, si sea aceptado por el Notario como acuerdo de voluntades de las partes que lo otorgan.

En la actualidad los aranceles notariales por un convenio de mutuo acuerdo, sin patrimonio común, son prácticamente de igual importe o, incluso, menor, que los derechos de procurador en un procedimiento judicial.

En estos supuestos, uno de los elementos a tener en cuenta para acudir al LAJ o al Notario será el coste fiscal. Los efectos fiscales, al tratarse de un supuesto de alternatividad, no deberían ser distintos de los que se devenguen cuando el convenio se homologue por el LAJ, ya que la liquidación es fruto del convenio.

Ahora bien, el Decreto no devengará impuestos por actos jurídicos documentados, al contrario que la escritura notarial que si puede estar sujeta al devengo del mismo. Aunque sea una cuestión discutible, dado que no cabe en el ámbito fiscal la analogía, pero aquí no se trata de tal, sino de alternatividad, y, desde luego, ello cuando se trate de separación de bienes, no en los gananciales, u otros regímenes de comunidad como el aragonés o navarro.

Una cuestión que deberá resolverse en la práctica es si la escritura notarial que incorpora el convenio que regula los efectos de la separación o el divorcio, tendrá acceso al Registro de la Propiedad, de forma que con una copia auténtica puedan inscribirse las extinciones de los proindivisos y adjudicaciones que hayan acordado los cónyuges o, por el contrario, deberá otorgarse una escritura de extinción de proindivisos, ya que ello encarecería el trámite, habida cuenta que el Decreto que dicta el LAJ homologando el convenio de separación o divorcio, que acuerda la extinción de los proindivisos sobre los bienes en común y las correspondientes adjudicaciones y, en su caso, compensaciones, tiene acceso directo al Registro de la Propiedad, con el correspondiente ahorro del devengo de aranceles notariales de escrituras de extinción de proindivisos, si estas fueren necesarias para el acceso al Registro de la Propiedad.

Lo que puede contenerse o no en el convenio regulador y en la escritura de disolución del régimen económico matrimonial es idéntico en la vía notarial, que en la vía jurisdiccional, ya que se extingue el régimen económico matrimonial y habrá las correspondientes adjudicaciones, pudiendo adjudicarse bienes privativos concretos, sea para satisfacerse excesos de adjudicación o para cumplir con determinadas obligaciones legales o prestacionales.

En lo que puede ser o no objeto de adjudicación judicial –e idéntico en el ámbito notarial, aunque aquí ya la propia escritura podrá contener la completa liquidación del régimen económico matrimonial- debe estarse a la Resolución de la DGRN de 9 de septiembre de 2015, que no admite el convenio regulador como ámbito para la liquidación del régimen económico matrimonial, fuera de que sí sea posible inclusive aunque sea privativa, por haberse adquirido en estado de soltero, lo que es la vivienda habitual familiar, pero, por tanto, no el resto de bienes, que tienen su propia causa (*causa familiae*) de adjudicación.

No obstante para el régimen de separación de bienes y su tributación por el impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, habrá que tener presente la sentencia de la Sala 3ª del TS de 30 de abril de 2010 (Roj: STS 2351/2010 - ECLI:ES:TS:2010:2351), que declara como doctrina legal que: *"En el supuesto de las adjudicaciones y transmisiones originadas por la disolución del matrimonio, y previsto en el artículo 45.I.B) 3 del Real Decreto Legislativo 1/1993, por el cual se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, la exención de tributos únicamente es aplicable a las disoluciones en que haya efectiva comunidad de bienes (sociedad conyugal); por tanto esta exención no es aplicable a los supuestos en que rija un régimen económico matrimonial de separación de bienes"*.

Respecto de la vivienda habitual, el apartado tercero del artículo 32 del Real Decreto 828/1995, de 29 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento del Impuesto sobre Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados, establece una exención tributaria al establecer que "tampoco motivarán liquidación por la modalidad de «transmisiones patrimoniales onerosas» los excesos de adjudicación declarados que resulten de las adjudicaciones de bienes que sean efecto patrimonial de la disolución del matrimonio o del cambio de su régimen económico, cuando sean consecuencia necesaria de la adjudicación a uno de los cónyuges de la vivienda habitual del matrimonio".

Sobre esta materia y sin perjuicio de los criterios que se sigan por las Administraciones Tributarias de las respectivas Comunidades Autónomas, conviene recordar la doctrina sentada por la DGRN y reiterada en sus resoluciones de 19 de junio de 2015 (BOE 10 de agosto de 2015) y 30 de junio de 2015 (BOE de 11 de agosto de 2015), que dispone que: *"fuera de este ámbito, en vía de principios, las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para*

su formalización. En definitiva, la diferente causa negocial, ajena a la liquidación del patrimonio común adquirido en atención al matrimonio, y las exigencias derivadas del principio de titulación auténtica, unidas a la limitación de contenido que puede abarcar el convenio regulador, según doctrina reiterada (vid. «Vistos»), deben resolverse a favor de la exigencia de escritura para la formalización de un negocio de esta naturaleza".

III.- La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil operada por la Ley 42/2015.

a) Juicio verbal.

Los artículos 437 y 438 de la LEC experimentan un cambio sustancial, ya que el nuevo artículo 437 no solo regula la forma en que debe formularse la demanda, sino también la acumulación objetiva y subjetiva de acciones, que anteriormente estaba regulada en el artículo 438, dejando para el artículo 438 la regulación de la admisión de la demanda y la contestación, así como la reconvencción.

El actual artículo 437 establece que el juicio verbal principiará por demanda, con el contenido y forma propios del juicio ordinario, siendo también de aplicación lo dispuesto para dicho juicio en materia de alegaciones y litispendencia.

En relación a la denominada cosa juzgada virtual, regulada en el apartado 2 del artículo 400, que permite extender la cosa juzgada a cuestiones no juzgadas, en cuanto no deducidas expresamente en el proceso, pero que resultan cubiertas igualmente por la cosa juzgada, impidiendo su reproducción en ulterior proceso, la Sala 1ª del Tribunal Supremo ha interpretado, de forma restrictiva, los efectos negativos de la cosa juzgada, regulada en el artículo 222 de la LEC¹.

Igualmente se hace necesario recordar la sentencia del TJUE de 3 de octubre de 2013, C-32/12, respecto de la preclusión de alegaciones, cuando el demandante es un consumidor, que analizando los artículos 216 y 218 de la LEC, en relación con el artículo 400, en un supuesto de aplicación del artículo 3, apartado 5 de la Directiva 1999/44, sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo, resolvió que la normativa española no se atiene al principio de efectividad, en la medida en que hace excesivamente difícil, cuando no imposible, en los procedimientos judiciales iniciados a

¹ STS 21/03/2011 (Roj: STS 1240/2011); STS 30/03/2011 (Roj: STS 2227/2011); STS 13/06/2013 (Roj: STS 3359/2013); STS 18/10/2013 (Roj: STS 4936/2013); STS 28/10/2013 (Roj: STS 5188/2013); STS 08/04/2014 (Roj: STS 1629/2014); STS 24/06/2014 (Roj: STS 3558/2014); STS 14/01/2015 (Roj: STS 125/2015); STS 23/04/2015 (Roj: STS 1533/2015);

instancia de los consumidores en caso de falta de conformidad con el contrato del bien asegurado, la aplicación efectiva de la protección que la Directiva pretende conferir a los consumidores.

Por último respecto de la demanda reconvenzional deberá tenerse presente la sentencia del Tribunal Constitucional nº 106/2013 de 6 de mayo al resolver que *"la decisión de reconvenir o de no hacerlo se regula como un derecho, no como un deber, del que el demandado goza en un pleito frente al demandante. Entender, como han hecho los órganos judiciales, que a la luz del art. 400 LEC, la reconvezión es necesaria para evitar la preclusión de las pretensiones que el demandado pudiera tener frente al demandante, supone una interpretación contraria el tenor del art. 406 LEC y lesiva del derecho a la tutela judicial efectiva en su vertiente de acceso a la justicia, en la medida que restringe desproporcionadamente el derecho del demandado que optó por no reconvenir, produciendo unos efectos perjudiciales en su esfera jurídica"*.

El artículo 438 establece que el LAJ, examinada la demanda, la admitirá por Decreto o dará cuenta de ella al tribunal en los supuestos del artículo 404 para que resuelva lo que proceda.

Admitida la demanda el LAJ dará traslado de ella al demandado para que la conteste por escrito en el plazo de diez días, quien deberá formular la oposición conforme a lo dispuesto para el juicio ordinario, siendo declarado el demandado en rebeldía, conforme al artículo 496 de la LEC, si no comparece en el plazo otorgado.

La declinatoria se habrá de proponer dentro de los diez primeros días del plazo para contestar a la demanda, conforme la nueva redacción dada al artículo 64 de la LEC.

No se admitirá reconvezión en los juicios verbales que deban finalizar por sentencia sin efectos de cosa juzgada, ni en aquellos que determine la improcedencia del juicio verbal o no exista conexión entre las pretensiones de la reconvezión y las que sean objeto de la demanda principal. Admitida la reconvezión se regirá por las normas previstas en el juicio ordinario, salvo el plazo para su contestación que será de diez días.

También podrá el demandado oponer en la contestación a la demanda un crédito compensable, siendo de aplicación el artículo 408, salvo que la cuantía del crédito fuera superior a la que determine que se siga el juicio verbal.

El legislador continúa regulando solo la posibilidad de que el demandado pueda oponer a la demanda un crédito compensable, con remisión en el nuevo

texto al artículo 408 (se reitera esa sola posibilidad en el artículo 440, 1), pero no la previsión que contempla el apartado 2 del citado artículo 408, respecto de hechos alegados por el demandado determinantes de la nulidad absoluta del negocio en que se funde la pretensión o pretensiones del actor y en la demanda se hubiere dado por supuesta la validez del negocio.

¿Qué tratamiento deberá darse en los supuestos en los que la contestación se base en la nulidad absoluta del negocio en que se funde la pretensión del actor y por el demandado no se haya formulado demanda reconvenzional?. Entiendo que deberá darse, igualmente, el trámite previsto en el apartado 2 del artículo 408 (como en la práctica forense venían haciendo una parte mayoritaria de los jueces en la vista), dando traslado al actor para contestar a la referida alegación de nulidad en el plazo de diez días.

No obstante, hemos de tener presente que esa es una petición que debe solicitarla expresamente el demandante, al utilizar el artículo 408 de la LEC el término "podrá".

El demandado en el escrito de contestación deberá pronunciarse, necesariamente, dice el apartado 4 del artículo 438, sobre la pertinencia de la celebración de la vista e igualmente el demandante deberá pronunciarse sobre ello, en el plazo de tres días desde el traslado del escrito de contestación y si ninguna de las partes la solicitase y el tribunal no considerase procedente su celebración, dictará sentencia sin más trámites.

Bastará con que una de las partes lo solicite para que el LAJ señale día y hora para su celebración, dentro de los cinco días siguientes, si bien en cualquier momento posterior, previo a la celebración de la vista, cualquiera de las partes podrá apartarse de su solicitud por considerar que la discrepancia afecta a cuestión o cuestiones meramente jurídicas, debiendo darse traslado a la otra parte, por plazo de tres días y si transcurrido el plazo, sin haberse formulado alegaciones o manifestado oposición, los autos quedarán conclusos para dictar sentencia, si así lo considera el tribunal.

El apartado 1 del artículo 440 amplía el plazo para la celebración de la vista a un mes y a cinco días el plazo para indicar las personas, que por no poderlas presentar ellas mismas, han de ser citadas por el LAJ a la vista para que declaren en calidad de parte, testigos o peritos (se amplía entre los supuestos tasados la solicitud de citación judicial a los peritos).

Y la exposición de motivos de la Ley 42/2015 en su apartado IV, párrafo segundo in fine (no el texto articulado que no se ha modificado en este sentido), nos aclara que la reforma exige que se anuncie con antelación la proposición de prueba del interrogatorio de la parte, por lo que a mi entender,

se pone fin a la discusión doctrinal de poder aplicar a la parte que no comparece a la vista la admisión tácita de los hechos que regula el artículo 304 de la LEC, sin haber solicitado expresamente la parte contraria su citación, por el mero hecho de que conste en el Decreto, citando a las partes a la vista, que se advierte a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, con la prevención de que si no asistieren y se propusiere y se admitiere su declaración, podrán ser considerados admitidos los hechos del interrogatorio conforme lo dispuesto en el artículo 304 de la LEC.

Los artículos 441 y 442 modifican su redacción para adaptar los casos especiales en la tramitación del juicio verbal al trámite de contestación escrita.

El artículo 443, que regula el desarrollo de la vista, es objeto de una importante modificación, al establecer el apartado 1 que comparecidas las partes, el tribunal declarará abierto el acto y comprobará si subsiste el litigio entre ellas, regulando el párrafo segundo del apartado 3 el desistimiento o, en su caso, la homologación, en el supuesto de que lleguen a un acuerdo o se muestren dispuestas a concluirlo de inmediato.

Por su parte los párrafos tercero y cuarto del apartado 1 del artículo 443, regulan que las partes puedan pedir la suspensión del proceso para someterse a mediación y los efectos derivados de alcanzarse o no un acuerdo, pudiendo solicitar cualquiera de las partes que se alce la suspensión y se señale fecha para la continuación de la vista cuando la mediación termine sin acuerdo.

El apartado 2 del artículo 443 regula la posibilidad de llegar a un acuerdo las partes y la resolución por parte del tribunal sobre las circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo, remitiéndose a los artículos 416 y siguientes de la LEC.

Si no se hubieran suscitado cuestiones procesales o si formuladas se resolviese por el tribunal la continuación del acto, el apartado 3 del artículo 443 establece que se dará la palabra a las partes para realizar aclaraciones y fijar los hechos sobre los que exista contradicción y si no hubiere conformidad sobre todos ellos, se propondrán las pruebas y se practicarán seguidamente las que resulten admitidas.

El párrafo segundo del apartado 3 establece que la proposición de prueba de las partes podrá completarse con arreglo a lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 429.

Respecto de la prueba, y al regularse la contestación al juicio verbal en forma escrita, es necesario tener presente las modificaciones introducidas en los siguientes artículos:

- a) Art. 264 : Los documentos procesales habrán de presentarse con la demanda o la contestación.
- b) Art. 265:
 - 1. apartado 3 in fine: El actor podrá presentar en la vista del juicio verbal los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes relativos al fondo del asunto, cuyo interés o relevancia se ponga de manifiesto a consecuencias de alegaciones efectuadas por el demandado en la contestación a la demanda.
 - 2. Se suprime el apartado 4, por lo que el demandado deberá aportar los documentos, medios, instrumentos, dictámenes e informes relativos al fondo del asunto con la contestación.
- c) Art. 336,1: El demandado deberá aportar los dictámenes de parte con la contestación, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 337.
- d) Art. 336,5: A instancia de parte, el juzgado o tribunal podrá acordar que se permita al demandado examinar por medio de abogado o perito las cosas y los lugares cuyo estado y circunstancias sean relevantes para su defensa o para la preparación de los informes periciales que pretenda presentar y cuando se trate de reclamaciones por daños personales, podrá instar al actor para que permita su examen por un facultativo, a fin de preparar un informe pericial.
- e) Art. 338,2: Los dictámenes cuya necesidad venga suscitada por la contestación a la demanda se aportarán para su traslado a la parte contraria con al menos cinco días de antelación a la celebración de la vista.
- f) Art. 339:
 - 1. Apartado 2: El demandante o el demandado podrán solicitar la designación judicial de perito tanto en el escrito de demanda, como en el de contestación.
 - 2. Apartado 3-2º: Si las partes solicitasen en la vista designación de perito y el tribunal considerase pertinente y útil el dictamen, se interrumpirá la vista hasta que se realice el dictamen.
- g) Art. 382: Cuando las partes propongan como medio de prueba la reproducción ante el tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes, al proponer esta prueba deberán acompañar transcripción escrita de las palabras contenidas en el soporte de que se trate y que resulten relevantes para el caso.

h) Art. 429:

1. Apartado 1-2º: La prueba se propondrá de forma verbal, sin perjuicio de la obligación de las partes de aportar en el acto escrito detallado de la misma, pudiendo completarlo y si no se aporta subsanarlo en el plazo de los dos días siguientes.
2. Apartado 1,3º (por remisión del art. 443,3-2º): Cuando el tribunal considere que las pruebas propuestas por las partes pudieran resultar insuficientes para el esclarecimiento de los hechos controvertidos lo pondrá de manifiesto a las partes indicando el hecho o hechos que, a su juicio, podrían verse afectados por la insuficiencia probatoria. Al efectuar esta manifestación, el tribunal citándose a los elementos probatorios cuya existencia resulte de los autos, podrá señalar también la prueba o pruebas cuya práctica considere conveniente.
En el caso a que se refiere el párrafo anterior, las partes podrán completar o modificar sus proposiciones de prueba a la vista de los manifestado por el tribunal.

Respecto de la aplicación del artículo 429,1-3º conviene recordar que la Sala 1ª del Tribunal Supremo tiene resuelto que la iniciativa probatoria se hace efectiva mediante la proposición de los medios de prueba, que corresponde a las partes, sin perjuicio de que el artículo 429, apartado 1 atribuye al juez una potestad de integración probatoria, a fin de que las partes completen o modifiquen sus proposiciones de prueba, a la vista de lo que hubiera manifestado el mismo.

El artículo 446 (al igual que el artículo 285) también es objeto de una importante modificación, al establecer que sobre la admisión o inadmisión de pruebas solo cabrá recurso de reposición, que se sustanciará y resolverá en el acto y si se desestimare, la parte podrá formular protesta a efecto de hacer valer sus derechos, en su caso, en la segunda instancia (lo que tiene especial transcendencia a los efectos de su reproducción en segunda instancia, conforme exige el artículo 460,2-1º).

Por último, el legislador regula el trámite de conclusiones en el juicio verbal, al establecer en el artículo 447 que practicadas las pruebas el tribunal podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones. La norma finalmente deja esa facultad a la discreción del tribunal, al establecer que "podrá", pero es un avance importante y estamos seguros que se hará por los tribunales un uso ponderado que garantice la plena efectividad de la tutela judicial efectiva.

b) Modificaciones operadas en materia de recursos y en el Libro IV de la LEC por la Ley 42/2015:

1. Se modifica la regla 1ª del apartado primero del artículo 525, sobre sentencias no provisionalmente ejecutables, estableciéndose que: "Las sentencias dictadas en los procesos sobre paternidad, maternidad, filiación, nulidad de matrimonio, separación y divorcio, capacidad y estado civil, oposición a las resoluciones administrativas en materia de protección de menores, **así como sobre las medidas relativas a la restitución o retorno de menores en los supuestos de sustracción internacional** y derechos honoríficos, salvo los pronunciamientos que regulen las obligaciones y relaciones patrimoniales relacionadas con lo que sea objeto principal del proceso.
2. Se modifica el apartado primero del artículo 775, sobre modificación de las medidas definitivas, estableciendo que: "el Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges, podrá solicitar del tribunal que **acordó las medidas definitivas**, la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas".
3. Se modifica el apartado 2 del artículo 809, forma formación del inventario, estableciendo que: "Si se suscitare controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas, el secretario judicial **hará constar en el acta las pretensiones de cada una de las partes sobre los referidos bienes y su fundamentación jurídica**, y citará a los interesados a una vista, continuando la tramitación con arreglo a lo previsto para el juicio verbal. La sentencia resolverá sobre todas las cuestiones suscitadas, aprobando el inventario de la comunidad matrimonial, y dispondrá lo que sea procedente sobre la administración y disposición de los bienes comunes».