

A. DERECHO
CIVIL

MODIFICACIÓN DE MEDIDAS EN LOS
PROCESOS MATRIMONIALES:
PROCEDIMIENTO APLICABLE

Núm.
120/2002

José Ignacio ATIENZA LÓPEZ
Secretario Judicial

• **ENUNCIADO:**

Pedro ha asistido como letrado a Juana en su procedimiento de separación matrimonial de naturaleza contenciosa que ha sido tramitado conforme a la Ley de 7 de julio de 1981, disp. adic. quinta. En el mismo, fue dictada sentencia que estiman desfavorable para su pedimentos. Un año después interpuso demanda de modificación de medidas definitivas al amparo del art. 775 de la LEC de 2000 y por el Juzgado de Primera Instancia de su localidad, siguiendo los trámites del juicio verbal por mandato del artículo 753 de la LEC de 2000, se dictó sentencia que puso fin al procedimiento, que igualmente Pedro estima desfavorable.

Pedro recurre esta última resolución por entender que ha existido inadecuación de procedimiento en relación con el elegido por el Juzgado de instancia, y unido a ello y como consecuencia de tal motivo, debe declararse la nulidad de las actuaciones.

Infórmese sobre los dos aspectos apuntados por el letrado con arreglo a la vigente LEC.

• **CUESTIONES PLANTEADAS:**

Procedimientos matrimoniales:

- Modificación de medidas definitivas.
- Inadecuación de procedimiento.
- Principio de legalidad.

Nulidad de actuaciones:

- Necesidad de indefensión.

• **SOLUCIÓN:**

El abogado recurrente fundamenta su recurso en la inadecuación del procedimiento seguido por el Juzgado de Primera Instancia pues al tratarse de una demanda de modificación de medidas definitivas adoptadas en sentencia, tendría que haberse ventilado aquella no por el cauce del juicio verbal (art. 753 de la LEC 1/2000) como disponía el auto de admisión a trámite de la demanda, sino en todo caso y por mandato del artículo 775 de la LEC, a través del trámite regulado en el artículo 771

del mismo texto referido a las medidas provisionales previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio. Entiende igualmente el recurrente que para determinar la norma procedimental a aplicar ha de regir el principio de especialidad y habiendo previsto la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) de 2000 un cauce específico para la modificación de medidas definitivas adoptadas en sentencia, cual es el artículo 771 (por remisión y mandato del art. 775 de la LEC), debe ser ese cauce y no el genérico del artículo 753 de la LEC el adecuado para el presente supuesto, y a mayor abundamiento si se tiene en cuenta que la inadecuación de procedimiento se constituye en causa legal que eventualmente pudiera impedir la válida prosecución y término del proceso.

La argumentación jurídica de la parte recurrente resulta irrefutable; es sin duda, el artículo 775 de la LEC el precepto específico que este texto legal ha establecido para la modificación de medidas definitivas adoptadas en un procedimiento matrimonial anterior y cuya resolución dependerá de que concurra esa variación sustancial de circunstancias prevista en los artículos 91 y 100 del Código Civil, sin que pueda ser utilizado para la revisión de medidas de carácter provisional.

El artículo 775 de la LEC realiza una remisión meramente procedimental al artículo 771 de igual texto, referido al cauce procesal para la adopción de medidas provisionales previas a la demanda relativa a procesos matrimoniales, salvo que la petición de modificación lo sea de común acuerdo, supuesto en el que deberán seguirse los trámites del artículo 777 de la LEC. Por tanto habiendo previsto el legislador un procedimiento específico para el trámite de modificación de medidas, será éste, y no el del juicio verbal como pretendió el juzgador de instancia, el cauce procesal *ad hoc* para casos como el presente, pues lo contrario sería vulnerar de plano el principio de legalidad procesal previsto en el artículo 1.º de la LEC y en el artículo 9.º 1 de la Constitución Española. Obsérvese que, además, el propio artículo 753 de la LEC establece que el verbal será el juicio aplicable siempre y cuando no se disponga otra cosa de manera expresa, lo que sí sucede en el caso de los procesos especiales como el de modificación de medidas definitivas. No es posible aceptar que el principio de legalidad (principal cobertura de la independencia judicial) pueda aplicarse de modo diferente al ordenado por el legislador por parte de los operadores jurídicos bajo el argumento de que dicho legislador ha cometido un error palmario, al entender del Juez de turno.

Evidentemente, es cierto que las peticiones de modificación de medidas contenciosas y de mutuo acuerdo son reguladas de diferente modo en los dos procedimientos a que se remite el artículo 775 de la LEC (arts. 771 y 777 respectivamente), no existiendo en principio razón, para la citada diversidad. Es igualmente cierto que hay un puro error material en el artículo cuando dice «... si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro ... se seguirá el procedimiento establecido en el artículo siguiente». Tal alusión al artículo siguiente reconduce el procedimiento de modificación de medidas de mutuo acuerdo al artículo 776 de la LEC referido a la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas. La razón de este equívoco tiene una causa contrastable: en el Proyecto de la LEC, figuraba como artículo 777 el que ahora es el artículo 775, remitiéndose el apartado 2 al artículo siguiente (778) que era el relativo a la separación o divorcio de mutuo acuerdo. El artículo 778 del Proyecto pasó a ser el actual artículo 777 y durante la tramitación en el Congreso se introdujo el artículo 776 referente a la ejecución forzosa pero sin que se modificase el artículo 775.2. Por ello cuando este último precepto hace remisión al artículo siguiente debe entenderse que se realiza al artículo 777 y no al artículo 776.

Lo que acabamos de explicar sí es un claro error con una argumentación contrastada, pero lo realizado en nuestro caso por el juzgador de instancia va mucho más allá. La remisión que hace el artícu-

lo 775 al artículo 771 de la LEC no es ningún despropósito del legislador, pues se trata de una remisión a los solos efectos del trámite o secuencia procesal y ello no implica que la resolución tenga que adoptar forma de auto y que éste no sea recurrible en la medida en que el artículo 775 (específico para la modificación de medidas definitivas) nada recoge en cuanto a la recurribilidad o no de la resolución que recaiga, ni tampoco en cuanto a la forma que ésta debe adoptar, por lo que debe entenderse que tanto uno como otra (régimen de recursos y forma de la resolución) serán los comunes establecidos en los artículos 206 y 455 de la LEC de 2000, y ello al ser plenamente conciliables los artículos 771 y 775.

Podríamos decir, sintetizando, que el alegato de la inadecuación de procedimiento es correcto de modo que las demandas en solicitud de modificación de medidas definitivas, deducidas a partir de la entrada en vigor de la LEC de 2000, habrán de ventilarse por el procedimiento específico regulado en el artículo 775 de la misma, el cual, en cuanto a la tramitación procesal se refiere, efectúa remisión expresa al artículo 771, si bien la resolución judicial que se ponga como final del procedimiento adoptará forma de sentencia cuyo régimen de recursos será el común estipulado en el artículo 455 de la LEC.

En relación con el segundo aspecto referido a la existencia de una posible nulidad de actuaciones que traiga su causa de la precitada inadecuación de procedimiento, entendemos que, pese a ésta, no puede adoptarse una decisión tan drástica como tal nulidad, ya que el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial exige como requisito para tal nulidad de pleno derecho la indefensión de la parte, no bastando haber prescindido total y absolutamente de las normas de procedimiento o infringir los principios de audiencia, asistencia y defensa. Ello no ha ocurrido en la presente litis ya que el juicio verbal ofrece mayores garantías que el recogido en los artículos 775 y 771 de la LEC de 2000, y a falta de la concurrencia del requisito de la indefensión, la nulidad de todas o algunas de las actuaciones sería incluso más perjudicial para las partes y el buen fin de la justicia.

• **SENTENCIAS, AUTOS Y DISPOSICIONES CONSULTADAS:**

- **Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000, arts. 753, 771, 775 y 777.**
- **Ley Orgánica 6/1985 (LOPJ), art. 238.3.**