

Artículo de opinión

Título

“Estudio del proceso especial y sumario, en materia de familia, creado por el Real Decreto Ley nº 16/2020, de 28 de abril”

Autor: Juan Pablo González del Pozo, magistrado - juez titular del Juzgado de 1ª Instancia nº 24, de Familia, de Madrid.

ABSTRACT: El Real Decreto Ley 16/2020, aprobado por el Consejo de Ministros celebrado el día 28 de abril de 2020 ha establecido un conjunto de medidas organizativas y procesales preparatorias de la progresiva vuelta al normal funcionamiento de la Justicia, paralizada durante el estado de alarma para todos los asuntos no considerados urgentes e inaplazables. Se trata de medidas de choque para frenar y evitar el colapso de aquella ante la sobrecarga de trabajo generada por la paralización durante casi dos meses y la previsible avalancha de demandas derivadas de la grave crisis económica generada por la pandemia. En el ámbito del derecho de familia se implementa, con carácter temporal, un procedimiento especial y urgente para resolver determinados asuntos directamente relacionados con la crisis del Covid-19 y sus efectos. Al estudio y examen de este procedimiento se dedica este artículo.

Sumario:

I.- Los antecedentes del proceso especial y sumario en materia de familia creado por el Real Decreto Ley nº 16/2020, de 28 de abril. II.-Valoración global del nuevo procedimiento. III.-Las razones justificativas de su creación. IV.-Su vigencia temporal. V.-Ámbito objetivo del proceso. VI.- Competencia objetiva. VII.-Tramitación. VII.1.- Su carácter preferente. VII.2.- La admisión a trámite de la demanda. a) El contenido de la demanda. b) Legitimación para interponerla. b) El requisito del principio de prueba por escrito de la alteración sustancial. VII.3.-La citación de las partes y el Ministerio Fiscal para la celebración de la vista. El plazo para la celebración de esta. VII.4.-La prueba anticipada que puede solicitarse antes de la vista. VII.5.-La diligencia de audiencia reservada a los menores a practicar con carácter previo a la vista. VII.6.-El desarrollo de la vista: a) ratificación y eventual ampliación de la demanda; b) la contestación a la demanda y, en su caso, a la ampliación; c) la reconvenición y contestación a la misma; d) la práctica de la prueba; e) la apertura del periodo probatorio para las que no puedan llevarse a cabo en el acto de la vista; e) el trámite de conclusiones orales. VIII.-La resolución definitiva: Sentencia ¿o auto?, oral o escrita.

IX.- El recurso de apelación: ¿Admisión en uno o en ambos efectos? X.- La supletoria aplicación de lo dispuesto en la Ley 1/200, de 7 de enero, para el juicio verbal.

I.- Introducción. Antecedentes del proceso especial y sumario en materia de familia creado por el Real Decreto Ley nº 16/2020, de 28 de abril (BOE 29-4-2020)

Los antecedentes próximos e inmediatos que han servido de base para la configuración final del proceso especial y sumario que en materia de familia crea el Real Decreto Ley nº 16/2020 hay que buscarlos en los trabajos preparatorios de dicho Real Decreto constituidos por los documentos de trabajo elaborados en primera instancia por el Consejo General del Poder Judicial en el marco de las Directrices las Directrices para la elaboración de un Plan de Choque en la Administración de Justicia tras el Estado de Alarma aprobadas por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial (en lo sucesivo DGPJ) en su reunión del día 2 de abril en curso. En tales Directrices se planificaron los trabajos de confección del plan diseñando cinco fases o bloques, cada uno de los cuales debía estar referido a las distintas clases de medidas a adoptar:

Bloque 1. Medidas organizativas y procesales.

Bloque 2. Medidas para la resolución extrajudicial de conflictos.

Bloque 3. Medidas para la protección de colectivos vulnerables.

Bloque 4. Medidas tecnológicas.

Bloque 5. Plan de Formación específico.

En ejecución de ese plan preconcebido, se aprobaron por la Comisión Permanente el “Primer documento de trabajo sobre medidas organizativas y procesales para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma” (En adelante PDMOyPPCH), aprobado el día 8 de marzo y el “Primer documento de trabajo sobre medidas destinadas a colectivos vulnerables para el plan de choque en la administración de justicia tras el estado de alarma” (En lo sucesivo PDMCVPCH), aprobado el 15 de marzo siguiente. Tales documentos se sometieron a un trámite de informe y consulta de las diversas asociaciones de jueces y magistrados, fiscales, colegios profesionales de abogados y procuradores y otras entidades, y, tras evacuarse el mismo, se remitieron los documentos de trabajo, con tales informes y las

modificaciones que se estimó oportuno introducir en las propuestas formuladas, al Ministerio de Justicia, para estudio y formulación y materialización de dos iniciativas por parte del Poder Ejecutivo. De un lado, elaborar de un proyecto de Decreto Ley en que se recogieran las medidas organizativas y procesales consideradas más urgentes y necesarias para evitar el posible colapso de la Administración de Justicia, cuyas medidas exigían, para su efectividad, una aplicación inmediata. Y de otro, articular un anteproyecto de ley ordinaria (y orgánica para algunos extremos) en que se recogieran las restantes medidas del plan de choque consideradas también esenciales pero no tan urgentes como las primeras, que, se convirtiera en proyecto de ley y posteriormente, tras los correspondientes trámites, en ley aprobada en las Cortes, con objeto de apuntalar y reforzar de forma más estable, indefinida y con vocación de permanencia las medidas del Real Decreto Ley XX/2020 nacidas con carácter temporal.

Los antecedentes directos del procedimiento especial y urgente que ahora comentamos son dos de las medidas contenidas en el PDMOyPPCH elaborado por el CGPJ. Concretamente, la medida nº 2.11 (Adición a la LEC de un nuevo artículo 709 bis por el que proponía crear un incidente especial de ejecución para la compensación de días de visitas y estancias no disfrutados durante el confinamiento por el Covid-19) y la medida nº 2.14. (De introducción en la LEC de un nuevo artículo 775 bis de la LEC, por el que se creaba un nuevo proceso de modificación de medidas especial y urgente para las modificaciones derivadas de la crisis económica originada por el Covid-19).

En realidad, el nuevo procedimiento especial y urgente que se crea por el Real Decreto Ley XX/2020, de 28 de abril viene a unificar o refundir en un solo esos dos procedimientos: el de modificación de medidas, especialmente pensado para sustanciar la tramitación de las demandas de modificación de medidas económicas o ajuste de las mismas derivadas de la crisis sanitaria del COVID-19, especialmente consecuencia de ERTE u otras medidas extraordinarias y temporales adoptadas para hacer frente a la referida crisis; y el incidente especial previsto en ejecución para la compensación de días de visitas y estancias no disfrutados durante el confinamiento impuesto por el Decreto que declaró el estado de alarma. Ello es perfectamente visible en el redactado final del artículo 5, en el que es apreciable que muchos de sus apartados tienen una redacción casi idéntica a la de las propuestas 2.11. y 2.14 del PDMOyPPCH. Se ha impuesto claramente, en esa suerte de fusión de procedimientos, la tramitación propuesta para el incidente de ejecución contemplado en la propuesta de adicción del

art. 709 bis a la LEC, frente a la tramitación que se proponía para el procedimiento de modificación de medidas, que se reconducía a la propia de un expediente de jurisdicción voluntaria.

Con todo, la fusión de ambas propuestas tiene ya como ventaja innegable que hace aplicación del principio básico de economía procesal, al permitir resolver en un solo procedimiento lo que, de haber prosperado las propuestas iniciales, hubiera exigido seguir dos diferentes: un incidente de ejecución para las solicitudes de compensación de días de visita y estancia no disfrutados durante el confinamiento (a las que ahora se refiere el artículo 3.1 del Real Decreto Ley como pretensiones relativas al restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida cuando uno de los progenitores no haya podido atender en sus estrictos términos el régimen establecido y, en su caso, custodia compartida vigente) y un procedimiento de modificación de medidas del proyectado art.775 bis para las modificaciones de medidas económicas derivadas de la crisis generada por el Covid-19, puesto que, como luego veremos, el demandado podrá reconvenir ejercitando una de esas pretensiones si no ha sido ejercitada ya por el demandante.

II.-Valoración global del nuevo procedimiento

Por lo que se refiere a la valoración global que merece este nuevo procedimiento, a modo de síntesis anticipada de todo lo que después se dirá, me limitaré a examinar, de un lado, la oportunidad y necesidad de su aplicación, y, de otro, su eficiencia y utilidad con vistas a conseguir la resolución ágil y pronta de las pretensiones de las partes que constituyen su objeto.

Se considera innecesario crear un procedimiento provisional y urgente para tramitar los procesos de modificación de medidas en que se ventilen pretensiones económicas derivadas de la crisis económica producida por la pandemia del Covid-19, como las pretensiones de extinción, suspensión o reducción de obligaciones pecuniarias entre cónyuges o de pensiones alimenticias para los hijos como consecuencia de alteraciones sustanciales experimentadas por el obligado a su pago a causa de los devastadores efectos producidos en la economía del país por la mencionada crisis, ha generado desempleo, destrucción de una parte del tejido productivo, un importante retroceso del sector servicios y, en suma, recesión económica.

No hay razones sólidas justificativas de la creación de un procedimiento especial y urgente, de tramitación preferente, para sustanciar (principal aunque no exclusivamente) las demandas civiles de modificación de obligaciones económicas preexistentes que traigan causa, exclusivamente, de determinados hechos o circunstancias asociados a la pandemia del Covid-19, porque eso supone un trato privilegiado para la resolución judicial de determinados asuntos que no tiene justificación objetiva razonable. No hay razón, por ejemplo, para que una demanda de suspensión de pensión compensatoria entre cónyuges por haber sido el obligado a su pago objeto de un ERTE presentado por su empresa a causa de la crisis del Covid-19, se tramite y resuelva antes que otra demanda, presentada dos meses antes del Decreto del Estado de Alarma, en que se solicita la extinción de pensión compensatoria por haber sido el obligado, que cuenta con 56 años, despedido de su empresa en julio de 2018, con una reducida indemnización, tras no haber encontrado el despedido empleo desde entonces y carecer de expectativa de acceder nuevamente al mercado laboral, haber agotado la percepción de la prestación por desempleo y estar consumiendo todos sus ahorros en el pago de la pensión compensatoria cuya extinción solicita. Desde la perspectiva de la justicia material ¿no es la demanda de modificación basada en el despido más urgente que la basada en el ERTE, presentada después? El que demanda a causa del ERTE, además, hace valer una situación transitoria, coyuntural, de duración indeterminada, aunque temporal, cuya conclusión final será, probablemente, la vuelta del obligado al puesto de trabajo y a la normalidad laboral; el que demanda por el despido, hace valer una situación más estructural, no solo por la mayor dificultad de encontrar un trabajo bien remunerado a causa de su edad y nivel de capacitación laboral, sino porque la crisis del covid-19 también incidirá muy negativamente en sus expectativas de encontrar un empleo en su sector de actividad. El que ha sido objeto del ERTE conseguirá suspender o reducir la cuantía de la pensión antes que el despido que postula la extinción.

Nótese que la crisis económica del covid-19, en que ya nos hallamos inmersos, guarda gran similitud con la que azotó nuestro país entre los años 2008 y 2012/2013 y que entonces la situación a que quiere poner solución este nuevo precepto se solventó con la aplicación del actual artículo 775, sin necesidad de modificación alguna ni disfunciones o atascos en los juzgados mayores de los que ahora se avecinan.

Y tampoco, si tomamos como referencia para fundamentar la preferencia procesal otorgada a este procedimiento especial y sumario, que, a través del mismo se va a

conocer (ex artículo 3.a) del Real Decreto Ley) de pretensiones relativas al restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida cuando uno de los progenitores no haya podido atender en sus estrictos términos el régimen establecido y, en su caso, custodia compartida vigente, como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno y las demás autoridades sanitarias con el objeto de evitar la propagación del COVID-19. Es decir, para resolver lo que en los trabajos preparatorios se denominó solicitudes de compensación de días de visita o estancias no disfrutados por un progenitor durante el estado de alarma, tampoco la preferencia procesal privilegiada que se otorga a las demandas relativas a esas cuestiones tienen a su favor razones que sustenten ese trato privilegiado, pues, se reconocerá que, por poner un ejemplo, no es más importante y por tanto no merece preferencia en la tramitación, la compensación de cuatro fines de semana y algunas visitas inter semanales no disfrutadas por el progenitor no custodio durante el estado de alarma, respecto de una demanda de modificación, presentada con anterioridad al dictado del Decreto 463/2020, en que se pida un cambio de guarda y custodia por improcedente ejercicio de la patria potestad y por impedir injustificadamente el contacto de los menores con el progenitor no custodio desde ocho meses antes de presentarse la demanda.

En segundo lugar, para la consecución del objetivo perseguido con la creación de este procedimiento especial y sumario, la configuración del proceso diseñado es técnicamente inapropiado y no contribuirá eficazmente a la consecución del fin perseguido, el cual, según los trabajos preparatorios (vid. objetivo y justificación de la medida 2.14 del PDMOyPPCH, de adición del art. 775 bis a la LEC), era conseguir que no aumentara el importe de la deuda que pueda generarse, a cargo del obligado al pago de la pensión que debe extinguirse, reducirse o suspenderse, durante el tiempo empleado en la tramitación del procedimiento de modificación.

Tal objetivo se logra de manera más efectiva y segura no por la mayor rapidez con que se tramite el procedimiento, sino a través de otros instrumentos jurídicos, como la articulación, dentro del proceso de modificación definitiva de medidas, de un procedimiento incidental de modificación provisional de las medidas definitivas como el previsto en el artículo 775.3 LEC, que anticipa a un momento anterior al de la sentencia definitiva una solución provisional a la cuestión planteada, y sobre todo se consigue, por la eficacia retroactiva de la sentencia que se dicte en el proceso modificatorio, que puede retrotraer la eficacia del pronunciamiento de extinción,

reducción o suspensión de la obligación al momento de presentación de la demanda e, inclusive, según la última jurisprudencia sobre la materia del TS, a un momento anterior al de la presentación de la demanda cuando así se pide expresamente en la misma y se acredita que la causa de extinción, reducción o suspensión concurría en un momento anterior al de la presentación de la demanda y sólo por causa no imputable al actor se ha retrasado la presentación de la misma.

En suma, no se advierte que este procedimiento especial y sumario pueda tener un efecto agilizador mayor que el propio del procedimiento, ya existente, de modificación provisional de medidas definitivas, las cuales pueden sustanciarse, dentro del proceso de modificación de medidas definitivas, conforme a las prescripciones del art. 775.3 en relación con los arts. 771 a 773 de la LEC. Como señala la Fiscalía General del Estadoⁱ “no es tan claro el efecto agilizador si comparamos este procedimiento con el de medidas cautelares de los arts. 77 a 773 en relación con el art. 775.3 de la LEC”. Sin contar la ventaja añadida que habría tenido mantener para estas modificaciones el cauce de la modificación provisional con la posterior modificación definitiva, en el seno del mismo proceso, que permite el art. 775 de la LEC, en cuanto, dado el carácter coyuntural y no permanente de las variaciones sustanciales en que han de asentarse las demandas de modificación de este proceso especial, cuyo enjuiciamiento exige presentar la demanda correspondiente no más tarde del periodo de tres meses a contar desde la terminación del estado de alarma, las modificaciones materiales que podrán hacerse valer en el proceso serán en la mayor parte de los casos altercaciones o variaciones temporales, coyunturales y permanentes, abocando a decisiones judiciales igualmente transitorias y provisionales, de reducción o aumento temporal de las pensiones o, en casos extremos suspensión de las mismas, también temporales, lo que obligará a las partes a instar un ulterior proceso de modificación de medidas, casi inmediatamente después de terminar éste, pero ya por el trámite procesal ordinario, para modificar las medidas instauradas en este proceso especial y sumario, y ello en la medida en que ni las partes ni el juez pueden predecir el alcance temporal de la variación sustancial de circunstancias asociadas a la crisis económica provocada por el Covid-19 en que se ha de fundar la modificación. Mal puede obtenerse una ventaja de agilización procesal y acortamiento de los tiempos de resolución cuando, lo que con el procedimiento de modificación de medidas actual, compuesto de un incidente de modificación provisional incardinado en el procedimiento principal, se podría haber

dado mejor respuesta al problema que ahora requerirá, en la inmensa mayoría de los casos, de dos procesos, el incidental del RDL 16/2020, y el posterior de modificación de medidas con eventual modificación provisional. No puede obtenerse ni ahorro de tiempo ni agilización cuando lo que, con total desprecio al más elemental respeto al principio de economía procesal, lo que podía resolverse en un solo proceso, exigirá, con la actual regulación, dos.

Por lo demás, el procedimiento especial y sumario diseñado puede asimilarse, hasta la celebración de la vista, con el procedimiento de modificación provisional de medidas previsto en el artículo 775.3 (en cuanto no hay trámite de contestación a la demanda en uno ni en otro), pero, a diferencia del procedimiento pergeñado en el artículo 775 LEC, aquí no hay un trámite de modificación provisional, a resolver por auto irrecurrible, y otro de modificación definitiva en el procedimiento principal, a resolver por sentencia recurrible en apelación, con restricciones propias de las medidas cautelares a los derechos de contradicción y defensa en el incidente de modificación provisional y plena libertad de garantías y de los principios de contradicción y defensa en el procedimiento principal. Y no se diga que las restricciones de los principios de contradicción y defensa vienen amparadas por la necesidad de una pronta resolución del asunto porque la misma o superior necesidad concurre, por ejemplo, para adoptar por primera vez las medidas derivadas de la separación, divorcio o ruptura de pareja y, en cambio, los procesos a seguir para establecerlas no gozan ni del privilegio de sustanciarse por un proceso especial y urgente, ni de la supresión del procedimiento incidental de medidas provisionales con objeto de unificar y concentrar la decisión del asunto a través de una sola resolución, y no dos, como ahora ocurre en muchísimos casos.

Por último, la reforma aprobada, reconduciendo el proceso contencioso de modificación de medidas al trámite de este nuevo procedimiento especial y sumario no es plenamente respetuoso con los principios básicos de contradicción y defensa en que se asienta el proceso civil, siendo dudoso que vaya a conseguir agilizar y abreviar la duración de los procesos de modificación de medidas ordinarios y asegurar una sentencia rápida una vez celebrada la vista.

Una de las principales objeciones técnico-jurídicas que debe hacerse al nuevo procedimiento regulado en los artículos 3, 4 y 5 del Real Decreto Ley es la eliminación

del trámite de contestación escrita a la demanda y, con ella, también de la posibilidad de formular por escrito demanda reconvenzional frente al actor.

No tiene ningún sentido eliminar el trámite de contestación escrita a la demanda cuya existencia reporta muchos más inconvenientes que ventajas (reducidas al acortamiento en unos días de la duración del proceso) siendo aquellos de gran trascendencia e importantes efectos negativos en el proceso. Entre ellos podemos señalar los siguientes:

a) Se conculca seriamente el principio de igualdad de armas de las partes y el derecho de defensa del demandado, al que el juez (por falta de tiempo material y razones de celeridad precisamente) no dejará contestar oralmente en la vista a las alegaciones de hechos y fundamentos de derecho contenidas en el escrito de demanda con la misma extensión y detalle de que gozó el actor a la hora de redactar su demanda.

b) El demandante a su vez, sufre también una merma de su derecho de defensa, pues mientras el demandado conoce, antes de la comparecencia o vista, su posición, sus alegaciones y pruebas presentadas, el demandante desconoce cuál será la posición procesal que mantendrá el demandado en la vista sobre la pretensión del actor y también desconocerá las contra alegaciones contrarias o hechos nuevos que pueda esgrimir el demandado en defensa de su pretensión desestimatoria, lo que impedirá al actor, a su vez, articular debida y eficazmente su defensa, que exige, no solo hablar con su defendido para contrastar la verosimilitud de los hechos aducidos por el demandado en su defensa, sino también proveerse de los documentos o pruebas dirigidos a desvirtuar los hechos aducidos por la contraparte.

c) El juez, al inicio del acto de la vista o comparecencia, desconocerá la posición del demandado sobre la pretensión de la parte actora, dado que la contestación de éste se producirá en el curso de la vista una vez iniciada, por lo que su labor de conciliación en pos de la consecución de acuerdos entre las partes quedará disminuida, cuando no suprimida al desconocer, antes del inicio de la vista los hechos y pretensiones de las partes que son objeto de controversia, es decir, los términos en que ha quedado establecido el debate entre las partes y los hechos necesitados de prueba .

d) La fijación de hechos controvertidos que se deduce de la contraposición de hechos alegados por actor y demandado en los escritos de demanda y contestación,

siempre de gran utilidad para el juez a la hora de decidir sobre la pertinencia o impertinencia de las pruebas que se propongan, se convierte en imposible, pues la contestación del demandado a la demanda se efectúa oralmente en la propia vista, lo que dificulta extraordinariamente la labor del juez de admisión de las pruebas pertinentes o rechazo de las impertinentes o inútiles en los casos en que, por la complejidad de los hechos alegados, su correcto entendimiento exija el examen de documentos.

Al margen de esas valoraciones críticas, habiendo sido establecido ya el mismo legalmente, deben volcarse todos los esfuerzos en lograr, a través de los criterios hermenéuticos comunes, una interpretación de las normas reguladoras de este nuevo proceso que permitan, sin merma de la legalidad, hacerlo más útil y productivo para la consecución de los fines propuestos.

En esa línea, examinaremos a continuación los problemas que puede originar este nuevo procedimiento y los iremos desgranando al hilo del estudio de los preceptos que lo regulan.

III.-La razones justificativas de su creación.

Según el Preámbulo del RDL 16/2020 la creación del procedimiento especial y sumario regulado en los artículos 3 a 5 del mismo tiene por objeto en particular velar por el interés superior de los menores que se han visto afectados por las consecuencias del Covid-19 y resolver de forma rápida las peticiones de ajuste de las medidas económicas a la situación generada por la crisis económica ocasionada por la pandemia.

Dice el Preámbulo del RDL:

“De particular interés es la regulación “ex novo” de un procedimiento especial y sumario para la resolución de cuestiones relativas al derecho de familia directamente derivadas de la crisis sanitaria. Las medidas adoptadas por las autoridades sanitarias han tenido incidencia en el normal desarrollo del régimen de custodia y de visitas de los menores, provocando en ocasiones desequilibrios en los tiempos de disfrute, lo cual es previsible que pueda desembocar en demandas y solicitudes ante los juzgados con competencias en materia de derecho de familia. Por otra parte, las consecuencias económicas que se derivarán de la crisis del COVID-19 pueden conllevar alteraciones a las situaciones económicas de los obligados al pago de pensiones alimenticias o bien en las situaciones de los que las reciben, lo que dará lugar a que sean instados

procedimientos para la modificación de tales medidas. Para dar una respuesta rápida y eficaz a tales pretensiones, se regula en presente real decreto-ley este procedimiento especial pensando en particular en el interés de los menores afectados y contribuyendo a su mejor protección.”

IV.-Su vigencia temporal.

La vigencia temporal del procedimiento especial y sumario en materia de familia creado por el RDL no aparece claramente definida en el mismo, ya que la interpretación conjunta de lo establecido en el artículo 3 del RDL y lo dispuesto en el artículo 7.1.a) del mismo no es sencilla y puede originar serias dudas. Disponen estos preceptos:

“Artículo 3. *Ámbito del procedimiento especial y sumario en materia de familia.*

Durante la vigencia del estado de alarma y hasta tres meses después de su finalización, se decidirán a través del procedimiento especial y sumario regulado en los artículos 3 a 5 del presente real decreto-ley las siguientes demandas: (...).

El artículo 7, por su parte, establece:

“1. Durante el período que transcurra desde el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales declarada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y hasta el 31 de diciembre de 2020, se tramitarán con preferencia los siguientes expedientes y procedimientos:

- a) Los procesos o expedientes de jurisdicción voluntaria en los que se adopten las medidas a que se refiere el artículo 158 del Código Civil, así como el procedimiento especial y sumario previsto en los artículos 3 a 5 del presente Real Decreto Ley.

Así pues, mientras el artículo 3 señala que, hasta tres meses después de la finalización del estado de alarma se sustanciarán por los trámites previstos en los arts. 3 a 5 del RDL las demandas que indica, el art. 7.1.a, reconoce al procedimiento preferencia para todos los que se tramiten hasta el 31 de diciembre del año 2020.

En principio, en una interpretación literal del artículo 3 cabría sostener que a partir del

transcurso del plazo de tres meses desde la finalización de la alarma, es decir, a partir del 11 de agosto de 2020 (ex art. 133.3 LEC, y para el supuesto de que el vigente estado de alarma finalice el próximo 11 de mayo)), ya no se decidirán estas demandas conforme a las reglas del procedimiento especial, lo que significaría que los asuntos pendientes a esa fecha habría de resolverse conforme a las reglas del juicio verbal común. Interpretación que conduce al absurdo de que estas demandas se sustanciaran por un procedimiento hasta un determinado momento y se continuarán después por otro distinto, lo cual debe rechazarse de plano.

La duda que surge entonces es si deben sustanciarse por el proceso especial y sumario tan solo las demandas presentadas antes de transcurrir el plazo de 3 meses a que se refieren el artículo 3 o si, por el contrario, deberán admitirse a trámite todas las demandas presentadas antes del 31 de diciembre del presente año y se continuarán sustanciando, hasta la terminación del asunto por los trámites del procedimientos especial y sumario, si bien, a partir del 31 de diciembre ya no gozaran de preferencia de tramitación los mismos. Hay una clara contradicción entre ambos preceptos derivada de una deficiente técnica jurídica: El artículo 3, al decir que se decidirán en ese plazo de 3 meses parece estar refiriéndose a que se sustanciaran por este procedimiento las demandas que se presenten en ese plazo, no, obviamente, a que deban resolverse en ese plazo. Y el artículo 7, al otorgar preferente tramitación a estos procedimientos especiales y sumarios hasta 31 de diciembre de 2020, no puede significar que deban admitirse las demandas que se presenten hasta esa fecha, sino que, los asuntos pendientes de resolución al término del plazo de 3 meses seguirán gozando de preferencia en su tramitación hasta el 31 de diciembre. Parece que el legislador ha querido que estas demandas derivadas directamente de la crisis del covid-19 se presenten antes de expirar el plazo de 3 meses de la terminación del estado de alarma, pero concediendo el privilegio de la preferencia procesal de tramitación a estos asuntos hasta el 31 de diciembre de este año, en la esperanza de que, para esa fecha, todos los incoados antes del 11 de agosto de este año habrán sido resueltos. Por consiguiente, los procesos especiales y sumarios de los arts. 3 a 5 del RDL iniciados en virtud de demandas presentadas antes del transcurso del plazo de 3 meses referido, que, a 31 de diciembre de 2020, no hayan concluido por sentencia o auto definitivo, seguirán tramitándose hasta su continuación por dicho cauce procesal especial, pero ya no gozarán de la preferencia de tramitación que les otorga el art. 7.1 del RDL.

V.-Ámbito objetivo del proceso.

El artículo 3 del Real Decreto Ley delimita el ámbito objetivo de este procedimiento especial y sumario en materia de familia señalando que se sustanciaran a través de este procedimiento las siguientes demandas:

a) Las que versen sobre pretensiones relativas al restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida cuando uno de los progenitores no haya podido atender en sus estrictos términos el régimen establecido y, en su caso, custodia compartida vigente, como consecuencia de las medidas adoptadas por el Gobierno y las demás autoridades sanitarias con el objeto de evitar la propagación del COVID-19.

b) Las que tengan por objeto solicitar la revisión de las medidas definitivas sobre cargas del matrimonio, pensiones económicas entre cónyuges y alimentos reconocidos a los hijos, adoptadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 774 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando la revisión tenga como fundamento haber variado sustancialmente las circunstancias económicas de cónyuges y progenitores como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19.

c) Las que pretendan el establecimiento o la revisión de la obligación de prestar alimentos, cuando dichas pretensiones tengan como fundamento haber variado sustancialmente las circunstancias económicas del pariente obligado a dicha prestación alimenticia como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19.

El apartado a) se refiere a las pretensiones de compensación de días de visita o estancias no disfrutados por uno de los progenitores durante el periodo de vigencia del estado de alarma (14 de marzo a 11 de mayo de 2020, salvo nueva prórroga o prórrogas) como consecuencia de las limitaciones a la libertad deambulatoria impuestas por el Gobierno en el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, reformado por el RD 465/2020, de 17 de marzo.

Lo primero que llama la atención es el cambio de terminología respecto de la utilizada, para tratar esa misma cuestión, en las propuestas hechas por el CGPJ y todos los colectivos profesionales implicados en informar sobre las mismas y participar de

esta forma en su elaboración. Ya no se habla expresamente de compensación por los tiempos de visitas no disfrutados, como hacía la medida 2.11 del PDMOyPPCHⁱⁱ, al proponer la adición de un artículo 709 bis, en el que se creaba un “incidente especial de ejecución para la compensación de días de visitas y estancias no disfrutados durante el confinamiento por el Covid-19”.

Ahora se habla en el apartado a del art. 3 del RDL de “pretensiones relativas al restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida cuando uno de los progenitores no haya podido atender en sus estrictos términos el régimen establecido y, en su caso, custodia compartida vigente...”

Y se ha suprimido también la referencia que en la propuestaⁱⁱⁱ se hacía a que los incumplimientos generadores de la pretensión de compensación eran debidos a fuerza mayor a causa del Covid-19, con lo que se hacía una calificación anticipada de la motivación o causa de la conducta del incumplidor. Esas dos omisiones y la alusión, como eventual solución a los incumplimientos, al restablecimiento del equilibrio en el reparto de los tiempos de convivencia, pueden entenderse como una tácita manifestación de voluntad del legislador de no querer prejuzgar qué solución material haya de darse a tales incumplimientos, dejando abierto el abanico de soluciones al criterio judicial. Ello parece una decisión prudente y flexible que permitirá al juez decidir en cada caso, en atención a las circunstancias concurrentes, si procede o no la compensación y si esa vía de la compensación será o no la procedente para la mejor protección del interés superior del menor.

Al respecto me remito a lo que, sobre la compensación de que hablamos, ya dijera con más extensión y detalle, en otro artículo publicado en este mismo foro hace unos días^{iv}.

Bajo una perspectiva puramente pragmática, parece evidente que el arbitrar legalmente la posibilidad de acudir a un proceso especial y sumario, de carácter preferente, para sustanciar estas peticiones de “restablecimiento del equilibrio” del reparto del tiempo de convivencia con los hijos, alterado durante el estado de alarma, va a producir un claro “efecto llamada” y a multiplicar estas peticiones de compensación, que el precepto denomina, eufemísticamente, restablecimiento del equilibrio, pues resulta inevitable para el ciudadano destinatario del precepto, y para los propios letrados, entender su sola existencia como un reconocimiento de la ley procesal a la existencia de un derecho sustantivo al restablecimiento del equilibrio aludido,

máxime cuando, al proceso especial y sumario en que puede solicitarse, el legislador le dota de preferencia en su tramitación y resolución. Ello constituye un grave error del legislador delegado que provocará una auténtica avalancha de demandas de esa clase, sobre todo teniendo en cuenta el incierto resultado final de estas peticiones, respecto de las cuales, presumiblemente, el Ministerio fiscal se posicionará en contra de la compensación en la mayor parte de los casos, habida cuenta de que en el Informe de la Secretaria Técnica de la FGE antes aludido se afirma taxativamente que no está reconocido en la legislación civil “ningún derecho específico a la compensación del tiempo no disfrutado de régimen de visitas o custodia compartida, cuando el impedimento de este disfrute se deba a cualquier causa de fuerza mayor”^v, y además, mantiene serias reservas acerca de la prosperabilidad de dichas peticiones, en cuanto, según señala, al deber basarse la decisión en la protección del interés superior del menor, de conformidad con lo dispuesto en el art. 2 de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, “a priori resulta dudoso que la compensación de tiempos sea respetuosa con ese superior interés, pues con carácter general se estima más beneficioso para los menores, que, una vez alzadas las medidas de restricción ambulatoria, puedan retomar sus rutinas y tiempos habituales, y que no se vean de nuevo alteradas para iniciar un proceso de compensación, que parece favorecer más a los progenitores que a los propios niños y niñas.”^{vi}

Esta posición de la FGE, que en sus consideraciones generales se comparte aunque habrá de modularse y adaptarse a la rica casuística surgida en la realidad sobre estos supuestos, no deja de causar estupor al ver cómo la Fiscalía de Sala del Tribunal Supremo Delegada contra la Violencia sobre la Mujer remitió con fecha 22 de marzo de 2020 una instrucción a los Sres. Fiscales de Violencia sobre la Mujer, en la que sostenía una tesis diametralmente opuesta, pues, hasta en tres ocasiones, refiriéndose a incumplimientos del régimen de visita supervisadas en los Puntos de Encuentro Familiar o con intercambio de los menores, para las recogidas y entregas, en un Pef, e incluso en los casos de visitas de unas horas diarias de duración y sin pernocta, se instaba a los Sres. Fiscales a que, en caso de cierre por orden gubernativa de los PEFs., pidieran la suspensión temporal del régimen de visitas correspondiente, añadiendo en los tres casos que ello había de hacerse “sin perjuicio de su posible compensación cuando cese la situación de alerta sanitaria.”

En cuanto a las demandas de modificación de medidas del apartado b), las mismas pueden tener por objeto la revisión de medidas anteriores entre cónyuges o progenitores sobre cargas del matrimonio, pensión compensatoria, o pensiones alimenticias de los hijos comunes entre a satisfacer por uno a otro progenitor, pudiendo tener por objeto la revisión tanto la extinción como la reducción, la suspensión o inclusive el incremento de la pensión alimenticia de los hijos a satisfacer entre progenitores. La redacción del precepto por el RDL corrige el claro defecto de técnica jurídica que contenía el borrador del RDL hecho público el 25-4-2020, cuando indicaba que la revisión de medidas a que nos referimos debía estar fundada en una variación sustancial “de las circunstancias económicas del progenitor obligado a dichas prestaciones económicas como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19”.

Esa redacción excluía, indebidamente, del objeto del proceso especial que analizamos las demandas dirigidas a solicitar un incremento de la pensión alimenticia de los hijos formulada por el progenitor con quien los hijos conviven, tanto si son menores como mayores de edad, contra el progenitor obligado al pago de la pensión, puesto que literalmente consideraba legitimado para instar la modificación únicamente al progenitor obligado (al pago) de dichas prestaciones económicas, olvidando que la crisis económica producida por el covid-19 también puede haber afectado al progenitor custodio o progenitor con quien los hijos mayores conviven y ello puede hacer necesario que, a través de un proceso de modificación de medidas, sea necesario que el cónyuge o progenitor que reciba la pensión alimenticia solicite un incremento de la cuantía de la pensión alimenticia.

En efecto, la alteración sustancial que puede dar lugar, por ejemplo, a la modificación de la pensión alimenticia de los hijos, no tiene por qué afectar única y necesariamente al obligado a su pago, pues cabe que la pérdida de empleo o cierre de negocio o empresa, en definitiva, el empeoramiento de la situación económica derivada de la crisis del covid-19 afecte al receptor de la pensión, y, por mor del principio de proporcionalidad consagrado en los artículos 145 y 146 del Cc., lo procedente sea incrementar la cuantía de la pensión al desaparecer o disminuir los ingresos del progenitor custodio que percibía la pensión y hacer preciso reajustar aquella al alza a fin de no generar en los alimentistas una situación de penuria derivada de la insuficiencia de la pensión para cubrir sus necesidades, que ahora el/la progenitor

custodio debe cubrir exclusivamente con cargo a la pensión que reciba ante una insuficiencia de recursos propios sobrevenida a causa de la crisis económica causada por el Covid-19. Así viene a reconocerlo el Preámbulo o Exposición de Motivos (El texto publicado en el BOE no da al mismo denominación alguna) del RDL 16/2020, que en su apartado II viene a amparar las posibles peticiones de aumento de la pensión alimenticia por parte de la beneficiaria^{vii}, si bien es menester reconocer que, como señala con acierto el Informe de la Secretaría Técnica de la FGE antes citado^{viii}, en un contexto de crisis, la mayoría de las peticiones de modificación de medidas serán de reducción de la cuantía de la pensión alimenticia, no de incremento de la misma.

Igualmente puede suceder, en los supuestos de custodia compartida en que no se haya establecido la obligación de abonar pensión alimenticia por uno a otro progenitor, por disponer ambos de unos recursos o disponibilidades pecuniarias similares, que, si, a consecuencia de un ERTE, un ERE, un despido, o la quiebra del negocio o actividad autónoma de uno de ellos, vinculada a la crisis económica subsiguiente al Covid-19, se generase un importante descenso de los ingresos y recursos de uno de ellos y se produjere como resultado una notoria disparidad de ingresos entre los progenitores, haciéndose necesaria una modificación de medidas para fijar una pensión alimenticia entre los progenitores antes inexistente a cargo de aquel que ostenta una posición económica muy superior a la del otro. Es decir, cabe también que, por vía de modificación, pueda pedirse, no la modificación de una preexistente obligación económica entre cónyuges o progenitores, sino el establecimiento ex novo de una obligación antes inexistente, siempre que existan medidas paterno filiales anteriores entre las partes, porque, en tal caso, la petición ex novo de pensión implica ineludiblemente modificar las medidas anteriores preexistentes.

La redacción del artículo 3, apartado b) del RDL al establecer que “la revisión tenga como fundamento haber variado sustancialmente las circunstancias económicas de cónyuges y progenitores como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19”, permite que puedan sustanciarse como modificaciones a través de este procedimiento especial y urgente no solo las pretensiones de extinción, suspensión o reducción de las pensiones instadas por el obligado al pago de las mismas, sino también las pretensiones de incremento de la pensión alimenticia que pueda deducir el cónyuge o progenitor que ya la está recibiendo, en la medida en que las variaciones sustanciales que constituyen el fundamento de la pretensión pueden haber afectado a uno u otro

cónyuge o progenitor, legitimando activamente para el ejercicio de la acción, por vía principal o reconvencional, tanto al progenitor o cónyuge deudor como al acreedor. Pudiéndose, inclusive, solicitar por este procedimiento especial y sumario, la fijación ex novo de una pensión alimenticia para los hijos, en casos de custodia compartida, por ejemplo, en los casos en que la petición se fundamente en la variación sustancial de circunstancias producida por la crisis económica asociada al Covid-19, según se razonó anteriormente.

Esta conclusión viene avalada por una interpretación sistemática del artículo 3.b) del RDL en relación con lo dispuesto en el Art.4.2 del mismo, el cual, al determinar la competencia objetiva para conocer de este procedimiento, permite la utilización del mismo tanto para el establecimiento de la prestación de alimentos reclamados por un progenitor frente al otro como para la revisión de la prestación de alimentos.

Esa interpretación teleológica del precepto debe conducir, sin mayor dificultad, a entender que cabe solicitar la modificación de medidas para incrementar la pensión alimenticia por parte del progenitor que está recibiendo la pensión e inclusive para formular esa misma pretensión de incremento de la pensión entre progenitores que se encuentren en régimen de custodia compartida si hay establecida obligación de pago de pensión de uno a otro, e inclusive, para que se fije ex novo en el supuesto indicado. Otra cosa significaría privar de legitimación para instar la demanda a quien la fundamenta en una variación sustancial de sus circunstancias que trae causas de la crisis económica del covid-19 y provoca su empeoramiento económico, lo cual sería contrario al espíritu y finalidad del precepto analizado

Por otra parte, debe advertirse que el apartado b) del precepto excluye de este proceso las demandas de modificación de medidas económicas establecidas en sede de medidas provisionales previas (art. 771 de la LEC) o coetáneas (art. 773 LEC), pues en ambos casos se trata de medidas que no son definitivas al no haberse adoptado al amparo del art. 774, como exige el precepto, lo cual es completamente acorde a la sistemática del Código civil y LEC que establecen la vigencia de las medidas provisionales hasta que son sustituidas por las acordadas con carácter definitivo o se pone fin al procedimiento principal de otro modo.

En aquellos supuestos en que, se hubiere dictado un auto de medidas provisionales previas o coetáneas con anterioridad al 14 de marzo de 2020, y, antes de dictarse

sentencia en el proceso principal, se hubiere producido la declaración del estado de alarma y la consiguiente paralización de la tramitación de dicho proceso principal, la variación sustancial de circunstancias económicas de uno u otro cónyuge o progenitor derivada de la crisis del Covid-19 deberá alegarse y hacerse valer en el proceso principal, como hechos nuevos, al amparo de lo prevenido en el artículo 286 de la LEC. E, igual deberá hacerse cuando, habiéndose dictado sentencia en 1ª instancia antes del 14 de marzo de 2020 y encontrándose pendiente de resolución el recurso de apelación interpuesto contra la misma, se hubieren producido, por la crisis sanitaria y económica del covid-19, variaciones sustanciales en la situación de un cónyuge o progenitor que puedan determinar modificaciones de las condiciones de reconocimiento de prestaciones económicas establecidas en la sentencia de primera instancia.

Por último, en cuanto a las demandas a que se refiere el apartado c) del precepto, el RDL 16/2020 ha introducido importantes modificaciones a la redacción de este apartado que podía leerse en el borrador del RDL. En este último, la redacción era del art. 3.c) era la siguiente:

“ c) Las que pretendan la revisión de la obligación de prestar alimentos cuando dicha modificación tenga como fundamento haber variado sustancialmente las circunstancias económicas del pariente obligado a dicha prestación alimenticia como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19.

Este apartado se refería, claramente, a las pretensiones de revisión de las obligaciones de alimentos entre parientes establecidas al amparo de los artículos 142 y siguientes del Cc o de los preceptos equivalentes de las Comunidades Autónomas o territorios con derecho civil foral o especial propio, y, en perfecta concordancia con el art.3.c), el art. 4.2 del borrador de RDL decía que “será competente para conocer del procedimiento previsto en el apartado c) del artículo anterior el juzgado que hubiera resuelto en su día sobre la prestación de alimentos.

El RDL 16/2000 ha dado una nueva redacción, completamente distinta a la del borrador, al artículo 3, c), que ahora tiene el tenor literal siguiente:

“c) Las que pretendan el establecimiento o la revisión de la obligación de prestar alimentos, cuando dichas pretensiones tengan como fundamento haber variado

sustancialmente las circunstancias económicas del pariente obligado a dicha prestación alimenticia como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19.”

A su vez, el RDL 16/2020 también ha dado nueva redacción (respecto a la del borrador de RDL) al art. 4.2 para concordarlo con el artículo 3.c), disponiendo:

“Artículo 4. Competencia.

2. Será competente para conocer del procedimiento previsto en el párrafo c) del artículo anterior, el juzgado señalado en el artículo 769.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, cuando se trate del establecimiento de la prestación de alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, y el juzgado que resulte competente en aplicación de las reglas generales del artículo 50 de la citada Ley 1/2000, de 7 de enero, cuando se trate de la prestación de alimentos en favor de cualquier otro alimentista. Cuando la demanda verse sobre la revisión de la prestación de alimentos, será competente el juzgado que hubiera resuelto en su día sobre la misma.”

De la interpretación conjunta de ambos preceptos cabe extraer la conclusión de que el legislador, dando un giro copernicano a la intención inicial del borrador del RDL, quiere que se tramiten por este procedimiento especial y sumario, no sólo las revisiones de pensiones compensatorias entre cónyuges, de pensiones alimenticias de los hijos a satisfacer por un progenitor al otro (establecidas en los procesos de separación, divorcio, nulidad o procesos sobre menores a que se refiere la regla 6º del art. 770 de la LEC) o pensiones alimenticias entre parientes fijadas conforme a los arts. 142 y ss. del Cc., sino también el establecimiento, ex novo, de pensiones alimenticias de los hijos entre progenitores amparadas en el art.770, regla 6ª de la LEC y también de pensiones de alimentos entre parientes amparadas en los arts. 142 y ss. del Cc.

Eso supone transformar el procedimiento especial y sumario regulado en los arts. 3 a 5 del RDL 16/20202, concebido esencialmente como un proceso de modificación de medidas (aunque se haya aprovechado su existencia para, por razones de economía procesal, resolver por esta vía las demandas de ‘restablecimiento del equilibrio en el régimen de visitas o custodia compartida’ a que se refiere el apartado a del precepto, que, de no existir el mismo, deberían ventilarse en un incidente ordinario de ejecución de sentencia) destinado a revisar medias económicas preexistentes, en un proceso mixto

en el que, junto a revisión de medidas preexistentes, puede también pedirse que se fijen por primera vez medidas paterno filiales conforme a las regla 6ª del art. 770 de la LEC, pudiéndose asimismo solicitar ex novo la pensión de alimentos entre parientes a que se refieren los arts. 142 y ss. del Cc.

Esta decisión de política legislativa de ampliar el ámbito objetivo de este proceso especial y sumario en materia de familia no es realista, pues supone ampliar extraordinariamente el número de personas que pueden instar este tipo de medidas y, por tanto, dado el carácter preferente que se otorga a este procedimiento, puede significar el definitivo colapso de los asuntos no preferentes, pero no menos necesitados de urgente resolución, que verán suspendidos los señalamientos de vistas ya realizados en beneficio de estos otros de carácter preferente sin que, en muchas ocasiones, la anteposición de unas vistas o, en general, la tramitación del asunto, esté conectada a razones de justicia material que la justifiquen. En este sentido, dado el redactado de los artículos 3.c) y 4.2 del RDL 16/2020, una de las secuelas de la aplicación conjunta de esos preceptos significará que deba darse preferencia a los procesos de guarda y alimentos de hijos menores no matrimoniales (aunque los arts. 3.c) y 4.2 se refieran tan solo al establecimiento de pensión alimenticia de los hijos menores, es obvio que para fijarla entre los progenitores, debe decidirse previamente el régimen de custodia, exclusiva o compartida del menor afectado), en detrimento de los hijos matrimoniales, dado que la pensión alimenticia de estos debe fijarse dentro de los procesos de separación o divorcio, como un efecto inherente a la crisis matrimonial, y tales procesos no tienen cabida en el procedimiento especial y sumario que examinamos, lo cual no deja de ser una discriminación, en perjuicio de los hijos matrimoniales, inadmisibles constitucionalmente, ex art. 14 de la CE.

Esta extraordinaria ampliación del número de personas que pueden beneficiarse del proceso regulado en los artículos 3 a 5 del RDL 16/2020, es ajena por completo a la naturaleza de un proceso especial y sumario de carácter revisorio, concebido para modificar medidas anteriores preexistentes, y no para establecer medidas paterno filiales sobre custodia y alimentos ex novo ni reclamar por primera vez alimentos entre parientes en base a una variación sustancial de circunstancia asociadas a la crisis económica provocada por la pandemia del Covid-19.

VI.- Competencia objetiva.

Las reglas de competencia objetiva para conocer de este proceso especial y sumario aparecen recogidas en el artículo 4 del RDL, que dice:

“Artículo 4. Competencia.

1. Será competente para conocer de los procedimientos a que se refieren los párrafos a) y b) del artículo anterior el juzgado que hubiera resuelto sobre el régimen de visitas o custodia compartida cuyo reequilibrio se inste o que hubiera acordado las medidas definitivas cuya revisión se pretenda.

2. Será competente para conocer del procedimiento previsto en el párrafo c) del artículo anterior, el juzgado señalado en el artículo 769.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, cuando se trate del establecimiento de la prestación de alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, y el juzgado que resulte competente en aplicación de las reglas generales del artículo 50 de la citada Ley 1/2000, de 7 de enero, cuando se trate de la prestación de alimentos en favor de cualquier otro alimentista. Cuando la demanda verse sobre la revisión de la prestación de alimentos, será competente el juzgado que hubiera resuelto en su día sobre la misma.”

Conforme al precepto transcrito, la competencia objetiva para conocer de las demandas a que se refieren los apartados a) y b) corresponderá al juzgado de 1ª instancia ordinario, o a los especializados en familia, allí donde los haya, que hubiere adoptado las medidas sobre custodia y visitas.

La 1ª regla de competencia, recogida en el apartado 1 del precepto, es una regla de competencia funcional por conexión que predetermina el juzgado competente objetiva y territorialmente, y puede originar cuestiones de competencia objetiva de carácter negativo entre los juzgados de 1ª instancia y los de Violencia sobre la Mujer en aquellos supuestos en que, el Juzgado de Violencia sobre la mujer haya acordado las medidas definitivas sobre custodia y régimen de visitas y estancia, cuando, al tiempo de presentarse la demanda de este juicio especial sumario, no esté abierto un proceso por violencia de género entre las mismas partes. En tales casos, por aplicación de lo dispuesto en el art. 87 ter.2 en relación con el art. 87 ter.3, ambos de la LOPJ, el JVM no será competente objetivamente para conocer de la demanda, pero sí lo será en cambio por aplicación de lo establecido en el art. 4.2 del RDL 16/2020.

La resolución de estas cuestiones de competencia negativa habrá de hacerse haciendo aplicación al caso, por su analogía, cuando no identidad, de la jurisprudencia sentada por el Tribunal Supremo al resolver los conflictos negativos de competencia objetiva entre los JJVVMM y los de 1ª Instancia para conocer demandas de modificación de medidas acordadas por JVM, jurisprudencia que viene constituida por los AATS,1ª, Pleno, de 14 de junio de 2017, recurso 61/2017, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas, reiterado por ATS 193/2017, de 20 de diciembre, ponente José a. Seijas Quintana y ATS 171/2018, de 25 de septiembre, ponente Francisco Javier Arroyo Fiestas.

La regla 2ª, recogida en el apartado 2, puede dar lugar a idénticos problemas de competencia objetiva a los señalados para la regla 1ª cuando la demanda tenga por objeto la revisión de una pensión alimenticia. Y, cuando se trate del establecimiento por primera vez de pensión alimenticia solicitada al amparo de lo prevenido en la regla 6ª del art. 770 de la LEC, la competencia territorial se determinará por los foros establecidos en el artículo 769.3 de la LEC, pudiéndose originar también una pérdida sobrevenida de competencia objetiva del juzgado de 1ª instancia, en favor del Juzgado de Violencia sobre la mujer, conforme a lo previsto en el artículo 49 bis de la LEC, si, pendiente el proceso civil y antes de iniciarse el desarrollo de la vista de éste se iniciare ante el de Violencia sobre la Mujer un proceso de violencia de genero entre las mismas partes, en cuyo caso procederá la inhibición del juez civil en favor del de Violencia.

La regla 2ª de competencia, cuando en la demanda se formulen pretensiones de reclamación de alimentos entre parientes que no se reclamen para personas menores de edad, corresponderá al juez de primera instancia determinado por los foros del artículo 50 de la LEC, y cuando se pida la revisión de pensiones de alimentos preexistentes al juez de primera instancia que las hubiere establecido.

VII.-Tramitación.

La tramitación a seguir para sustanciar este procedimiento especial y sumario se contiene en el artículo 5 del RDL 16/2020, que contiene 9 apartados.

VI.1.-Su carácter preferente.

Establece el Real Decreto Ley en su artículo 7 lo siguiente:

Artículo 7. Tramitación preferente de determinados procedimientos.

Durante el periodo que transcurra desde el levantamiento de la suspensión de los plazos procesales declarada por el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, y hasta el 31 de diciembre de 2020, se tramitarán con preferencia los siguientes expedientes y procedimientos:

a) Los procesos o expedientes de jurisdicción voluntaria en los que se adopten las medidas a que se refiere el artículo 158 del Código Civil, así como el procedimiento especial y sumario previsto en los artículos 3 a 5 del presente real decreto-ley.

El problema que va a originar esta preferencia es la concurrencia de la misma con otras preferencias de tramitación, también determinadas legalmente, en tanto en cuanto la LEC no establece criterios para dilucidar la prevalencia entre asuntos que gozan de tramitación preferente y/o urgente. En efecto, el art. 184.4. 1º de la LEC dispone que el señalamiento de vistas, según la agenda programada de señalamientos, se hará siguiendo el orden en que los procedimientos lleguen a estado en que deba celebrarse juicio o vista, salvo las excepciones legalmente establecidas o los casos en que el órgano jurisdiccional excepcionalmente establezca que deben tener preferencia.

En otras palabras, se seguirá bien el criterio cronológico de señalar por el orden en que los autos tomen estado para celebrar vista o comparecencia, pero caben dos excepciones:

- a) Que la ley determine que el asunto debe tener preferencia, en cuyo caso se antepondrá el señalamiento del preferente al que no lo sea, y,
- b) Que el juez o tribunal, excepcionalmente, establezca que un asunto deba tener preferencia porque considere que la naturaleza y circunstancias que concurren en el mismo hagan aconsejable su resolución a la mayor brevedad posible con preferencia sobre otro que debiera señalarse antes por el criterio cronológico.

La Ley no establece más criterios y traslada por tanto al juez (al que deberá dar cuenta el LAJ cuando detecte un caso de concurrencia de preferencias) la decisión de resolver en último término sobre tal prevalencia. La cuestión no es en absoluto menor teniendo en cuenta que la preferencia no solo afecta al señalamiento de vistas y comparecencias,

sino al impulso del procedimiento y a la tramitación misma del expediente, trasladando al juez la decisión de resolver:

- a) Si debe anteponerse la tramitación de los procesos que gozan de preferencia legal paralizando, incluso, la de aquellos que no lo sean.
- b) Si deben o no suspenderse las vistas ya señaladas de asuntos no preferentes para dar cabida a las vistas de los preferentes que hayan tomado estado para el señalamiento.
- c) Si el criterio legal que permite al juez atribuir preferencia a un asunto, razonando la misma en base a la importancia del mismo y la necesidad de resolución urgente para no causar perjuicios de difícil o imposible reparación, puede prevalecer sobre el criterio legal de preferencia cuando el juez considera que, pese al mandato legal, en el caso es más urgente y debe gozar de preferencia el que no la tiene reconocida legalmente.

Estas son las decisiones relacionadas con la preferencia de tramitación de asuntos que los jueces deberemos tomar con la única guía orientadora de esos criterios genéricos apuntados y la ayuda inapreciable de nuestra prudencia, reflexión, experiencia y ponderación de intereses en conflicto.

Así ocurrirá, por ejemplo, además de con los expedientes de jurisdicción voluntaria en los que se adopten las medidas a que se refiere el artículo 158 del Código Civil, también declarados preferentes en el art. 7.1.a) del RDL, con el procedimiento regulado en el artículo 778. quater.5, que tiene carácter preferente y urgente, o con la urgencia derivada de la existencia de plazos procesales perentorios, de inexcusable observancia y corta duración, en expedientes en que está en juego la libertad de las personas (caso de expediente regulado en el art. 778 bis de la LEC, que exige resolver la solicitud de ratificación del internamiento de menores en centros específicos de conducta en el plazo máximo de 72 horas desde que llegue el ingreso al conocimiento del juzgado), o la autorización de entrada en domicilios para la ejecución forzosa de medidas de protección de menores prevista en el art. 778 ter de la LEC, que exigen, en ocasiones, dictar auto en el plazo de 24 horas desde la recepción de la solicitud. O con las comparecencias de medias provisionales previas o coetáneas de separación cuando existe constancia de que los cónyuges o progenitores continúan conviviendo durante la

sustanciación del procedimiento y este está pendiente de señalamiento. Sin enunciar otros procedimientos que, para no doblegar la resistencia del lector ni abusar de su paciencia y no sumir en el desánimo y desaliento al redactor de estas líneas, juez de profesión, no mencionaré aquí.

VII.2.-La admisión a trámite de la demanda.

a) El contenido y forma de la demanda

Dispone el Artículo 5. 1 del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril que “el procedimiento principiará por demanda, con el contenido y forma propios del juicio ordinario”. Por tanto, la forma de la demanda deberá ajustarse a la establecida en el artículo 399 de la LEC, estructurándola, por separado, en hechos y fundamentos de derecho debidamente numerados y suplico. Sorprende que se establezca expresamente de forma totalmente innecesaria esta exigencia cuando el propio 5.21 del RDL dispone que “en todo lo no previsto en este artículo será de aplicación supletoria lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la tramitación del juicio verbal.” Y el propio artículo 437.1 de la LEC, ordena que “El juicio verbal principiará por demanda, con el contenido y forma propios del juicio ordinario...”

b) Legitimación para interponer la demanda.

Para no reiterar lo dicho en el epígrafe V anterior, al que me remito, doy por reproducido aquí todo lo dicho allí para sostener que también está legitimado para interponer las demandas de modificación a que se refiere el apartado b) del artículo 3 del RDL, sea como demandante principal o como demandado reconviniendo, el cónyuge o progenitor perceptor de pensiones alimenticias que haya visto empeorar su situación económica a causa de la crisis originada por el Covid19.

c) El requisito del principio de prueba por escrito de la alteración sustancial.

Dispone el art. 5.1 del RDL 16/2020:

“La demanda a que se refieren las letras b) y c) del artículo 3 deberá ir acompañada de un principio de prueba documental que consistirá en la aportación del certificado

expedido por la entidad gestora de las prestaciones en el que figure la cuantía mensual percibida en concepto de prestaciones o subsidios de desempleo, en caso de situación legal de desempleo, o bien el certificado expedido por la Agencia Estatal de Administración Tributaria o el órgano competente de la comunidad autónoma que acredite el cese de actividad o disminución de ingresos, en el caso de trabajadores por cuenta propia.”

El RDL no establece si la aportación con la demanda de ese principio de prueba documental constituye o no un requisito de admisibilidad de la misma que permita la inadmisión de la misma cuando no se atiende el previo requerimiento de subsanación de ese defecto en un plazo perentorio, pero ese es el tratamiento procesal que se debe dar a ese requisito si no queremos que se convierta en un formalismo irrelevante.

Se excepcionarán no obstante los casos en que la parte actora acredite documentalmente haber solicitado, sin éxito, del órgano, entidad oficial o entidad gestora la certificación correspondiente, en cuyo caso, antes de la admisión a trámite se solicitará por el juzgado el correspondiente documento.

Igualmente se admitirá la demanda, aun no presentándose ningún principio de prueba por escrito, cuando las circunstancias económicas concurrentes en el demandante no permitan su acreditación documental, lo que se valorará, con criterio muy restrictivo para evitar la admisión de demandas manifiestamente infundadas.

VII.3.-La citación de las partes y el Ministerio Fiscal para la celebración de la vista. El plazo para la celebración de esta.

Señala el RDL que examinamos en su artículo 5, apartados 2 y 3:

“Artículo 5. Tramitación.

2. El Letrado de la Administración de Justicia, examinada la demanda, la admitirá por decreto o, cuando estime que puede haber falta de jurisdicción o competencia, dará cuenta al juez para que resuelva en este caso sobre su admisión.

3. Admitida a trámite la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia acordará que se cite a las partes y al Ministerio Fiscal cuando proceda, a una vista, que deberá celebrarse dentro de los diez días hábiles siguientes a la fecha de admisión de la demanda.”

Aunque no lo dice el precepto, es obvio que al citar al demandado debe darse traslado al mismo de copia íntegra del escrito de demanda y documentos con ella presentados, conforme a lo prevenido en el artículo 438 de la LEC, aplicable en virtud de la supletoriedad establecida en el art. 5.9 del RDL al disponer que en todo lo no previsto en dicho precepto será de aplicación supletoria lo establecido en la LEC para el juicio verbal. Ello exigirá la intervención del Servicio Común de Actos de Notificación de la sede judicial para tal acto en cuanto, en la inmensa mayoría de los casos, no será posible transmitir telemáticamente la demanda y documentos al demandado de otro modo.

Ello hace dudar seriamente de que sea posible practicar la citación en los plazos legales y la efectiva celebración de la vista dentro del plazo de los diez días siguientes al de la admisión de la misma por el Decreto del LAJ. Vista que habrá de suspenderse, si el demandado solicita antes de la celebración de la vista, el beneficio de justicia gratuita y el nombramiento de abogado y procurador del turno de oficio, prolongándose la suspensión hasta que tenga lugar la designación.

VII.4.-La prueba anticipada que puede solicitarse antes de la vista.

Permite solicitar prueba anticipada en este procedimiento el art. 5.5.párrafo 2º del RDL 16/2020, que establece:

“Art. 5, apartado 5, párrafo 2º.

Las partes podrán solicitar, al menos con cinco días de antelación a la fecha de la vista, aquellas pruebas que, habiendo de practicarse en la misma, requieran de citación o requerimiento, o que se soliciten aquellos documentos, que posean instituciones públicas o privadas, y que no estén a su disposición.”

Parece referirse el precepto, fundamentalmente, a las respuestas escritas a cargo de personas jurídicas y entidades públicas o privadas previstas en el art. 382.1 de la LEC. Ello no será raro por la contumacia con que algunas entidades públicas niegan a los interesados certificaciones o informes por afectar o identificar a terceros, normalmente personas o entidades jurídicas, por razones relacionadas con la protección de datos, obligando a la partes a solicitar la obtención de dicha información judicialmente

La brevedad del plazo de que dispone el demandado para solicitar esta prueba anticipada determinará que, en muchos casos, de no llevarse a cabo la citación en los

plazos legales, deba pedir la parte demandada la prueba anticipada fuera del plazo legal establecido para ello, y que el juzgado, de considerarla necesaria, la acuerda ya sin tiempo material para que esté practicada con anterioridad al día y hora del señalamiento de vista.

VII.5.-La diligencia de audiencia reservada a los menores a practicar con carácter previo a la vista. El intento de conciliación de las partes previo a la vista.

El art. 5.4 del RDL preceptúa:

“Con carácter previo a la celebración de la vista se podrá intentar que las partes lleguen a un acuerdo, que será homologado judicialmente. En caso de que haya algún menor interesado en el objeto del procedimiento, este acuerdo solo podrá ser homologado considerando el interés superior del menor. Asimismo, previamente a la celebración de la vista, en los procedimientos iniciados mediante la demanda a que se refiere el párrafo a) del artículo 3, se dará audiencia de manera reservada a los hijos menores si el tribunal lo considerara necesario y, en todo caso, a los mayores de doce años.”

El legislador delegado, en cuanto al particular referido a la diligencia de audiencia o exploración judicial de los menores, parece dar a entender que, si los menores aún no han alcanzado la edad de 12 años, han de ser oídos sólo cuando el juez lo considere necesario, precisión legal esta última que se cohonesta mal con la norma que establece que los menores sólo deben ser oídos cuando tuvieren suficiente juicio, de modo que la norma ha de interpretarse en el sentido de que, lo considere o no necesario el juez, el mismo solo puede acordar oír a los menores de 12 años que tuvieren suficiente juicio^{ix}.

La norma prevé que la audiencia o exploración del menor se realice con carácter previo a la celebración de la vista, sin duda con el bienintencionado propósito de que el menor no deba permanecer en el juzgado al tiempo en que lo hacen en el mismo lugar sus progenitores para asistir a la celebración de la vista. Una vez más, el deseo del legislador, loable, no deja de ser puro voluntarismo de imposible cumplimiento pues, aparte de que, como es natural, el menor acudirá al juzgado acompañado de su padre o de su madre, o incluso de ambos, lo que convierte en inútil el intento de no hacer partícipe al menor del enfrentamiento judicial de sus progenitores, como la ley indica que, también con carácter previo a la vista se intentará un acuerdo (para evitar esta), por elementales razones de economía procesal, dado el estado de sobrecarga de las agendas

de señalamiento de los juzgadores, el atasco que se producirá tras el retorno a la actividad judicial ordinaria, y el caos organizativo que la programación de múltiples señalamientos pendientes arrastrará, puede entenderse fácilmente que resulta inviable citar a los menores uno o dos días antes del señalado para la vista, máxime cuando, en la práctica, el juez suele intentar que las partes alcancen un acuerdo antes de iniciar la vista y que ello haga innecesario practicar la audiencia del menor, a quien, según todos los estudios psicológicos coinciden, la sola presencia en el juzgado, y más aún la exploración por el juez, causan un dolor emocional considerable conocido como victimización secundaria al desgaste emocional y desestabilización que le está provocando el conflicto existente en sus progenitores.

En lo concerniente al intento del juez de que las partes alcancen un acuerdo, dado que el mismo, al inicio del acto de la vista o comparecencia, desconocerá la posición del demandado sobre la pretensión de la parte actora, su labor de conciliación en pos de la consecución de acuerdos entre las partes quedará disminuida, cuando no suprimida.

VII.6.-El desarrollo de la vista.

En lo concerniente a la forma de realizar las vistas, el artículo 19.1 del RDL 16/2020 establece como forma preferente para la realización de los actos procesales la vía telemática, sin perjuicio de la presencia física del abogado para el enjuiciamiento de delitos graves en el ámbito penal.

La duración prevista para la aplicación de esta medida tecnológica se circunscribe al de vigencia del confinamiento propio de la alarma y al periodo de los tres meses siguientes al levantamiento o cese de la declaración de estado de alarma.

Esta medida, de carácter tecnológico^x, pensada para asegurar que durante el estado de alarma pudieran seguir tramitándose los asuntos declarados urgentes e inaplazables con la presencia en la sede judicial del menor número de funcionarios posible, para evitar la propagación de la pandemia^{xi}, de forma un tanto incomprensible, dada su escasa operatividad hasta la fecha, se ha extendido al periodo de los tres meses siguientes al de la terminación del estado de alarma, sin exceptuar de la misma la celebración de ningún acto. Es verdad que la razón que mueve al legislador a ampliar esta medida de carácter tecnológico al periodo de los tres meses posteriores al del cese del estado de alarma es muy loable, pues persigue, según dice el preámbulo o exposición de motivos del RDL

16/2020, la celebración de actos procesales mediante la presencia telemática de las partes para garantizar la protección de la salud de las personas y minimizar el riesgo de contagio. Pero debiera haberse circunscrito su aplicación a los actos procesales susceptibles de realizarse en esta forma, sin comprender los actos centrales del proceso civil, como la comparecencia o la vista. Podría haberse conseguido el objetivo propuesto convirtiendo en procesos de tramitación escrita los que hasta ahora eran preferentemente orales, pero, en sentido opuesto, se han suprimido trámites antes escritos para ahora convertirlos en orales, tal como ocurre con el trámite de contestación por escrito a la demanda, suprimido en el juicio especial y sumario que analizamos. Es posible imaginar la celebración en forma telemática de determinados actos procesales, como el otorgamiento de poder apud acta o la ratificación del convenio regulador en los procedimientos de mutuo acuerdo, y otros actos que, cabe pensar, tal vez puedan realizarse en esa forma, pero, en lo concerniente a la celebración de vistas civiles la medida se antoja ineficaz.

En ese sentido dudo que esta medida sirva para acelerar la celebración de vistas, pues la no presencia física de las partes, letrados, procuradores, peritos y testigos en la sala de audiencias del juzgado, atenuada por su presencia telemática, se topa, para su efectiva aplicación e implementación práctica en los procesos de competencia de los juzgados de familia, con dos importantes obstáculos, superable el uno pero insalvable el otro.

Para comenzar, en la inmensa mayoría de los juzgados de primera instancia, si bien disponen de sistema de celebración de pruebas por videoconferencia, no disponen de aplicaciones informáticas de código abierto (como Zoom, Team, otras) instaladas en los servidores del Ministerio de justicia o CCAA con competencias transferidas, que hagan factible la celebración de vistas o comparecencias de modo telemático, y aun cuando esta objeción puede ser superada si se procede a su instalación inmediata, es obvio que en los procesos de familia, la apuesta por esta innovación tecnológica no pasa de ser, por decirlo en términos castizos, un brindis al sol, pues resulta obvio que diligencias como la exploración judicial de menores no pueden realizarse telemáticamente (por la naturaleza reservada de esa diligencia de audiencia y porque en la distancia no resulta viable su realización por la presencia simultánea de al menos uno de los progenitores en el lugar en que se encuentre el menor); como tampoco la prueba de interrogatorio (dado que la presencia del letrado junto a la parte, y la posibilidad de que esta reciba de aquel indicaciones, instrucciones o directrices acerca de las contestaciones a dar a las

preguntas que se le formulen, convertirán la prueba en una farsa; y otro tanto cabe decir de la prueba pericial propuesta por una de las partes o de la testifical.

VII.6.a) Ratificación y eventual ampliación de la demanda.

Dispone el art. 5.5 del RDL que “la vista comenzará dándose la palabra a la parte demandante, para que ratifique la demanda o la amplíe sin realizar variaciones sustanciales”, pudiendo solicitar el recibimiento del pleito a prueba.

La ampliación permitida al demandado no puede ser, en modo alguno, la prevista legalmente en el artículo 401 de la LEC ejercitando una nueva acción no deducida en la demanda (p.e. pedir la compensación de días de visita no disfrutados durante el estado de alarma si se accionó con demanda en que se solicite modificación de medidas económicas, o viceversa) sino tan solo la corrección de errores padecidos en la demanda o la subsanación de omisiones de carácter menor (por ejemplo, pedir que la nueva pensión alimenticia que se solicita sea objeto de actualización anual).

VII.6.b) La contestación a la demanda y, en su caso, a la ampliación.

El artículo 5.5 dispone que tras conceder el juez la palabra al demandante para la ratificación y, en su caso, ampliación de la demanda, concederá la palabra a la parte demandada para que conteste a la demanda, y en su caso, a la ampliación

Como ya dije anteriormente en el epígrafe II la eliminación del trámite escrito de contestación a la demanda no solo no agiliza la tramitación del procedimiento, sino que lo entorpece, porque el juez, en el momento inicial de la celebración del acto de la vista desconoce los términos en que quedará establecido el debate de las partes, al conocer tan solo la pretensión formulada por el demandante y los hechos alegados por éste para sustentarla, pero no la alegación de hechos que en su defensa pueda esgrimir el demandado, y ni tan siquiera si el mismo formulará o no reconvencción, impidiéndole ese desconocimiento no solo realizar un intento efectivo de conciliación entre las partes antes del inicio de la vista sobre una controversia cuyos términos exactos ignora, sino también estar en condiciones óptimas para establecer cuáles son los hechos controvertidos necesitados realmente de prueba y poder decidir de este modo, con mejor criterio, la admisión o inadmisión de las pruebas.

Al margen de las consecuencias negativas que para el mejor desempeño de la labor de enjuiciamiento del tribunal tiene la omisión del trámite escrito de contestación a la demanda, la privación de esa posibilidad procesal al demandado, viene a conculcar de manera notable el derecho de defensa del demandado, al que el juez (por falta de tiempo material y por encontrarnos en un juicio especial y sumario) no dejará contestar oralmente en la comparecencia, a las alegaciones del demandante, con la extensión y detalle con que sí pudo hacerlo el actor al redactar su demanda.

VII.6. c) La reconvenición y contestación a la misma.

Igualmente podrá el demandado, tras contestar oralmente a la demanda formular reconvenición, si a su derecho interesa. Por la limitación procesal derivada de encontrarnos en un proceso especial y sumario sólo podrá reconvenirse ejercitando alguna de las acciones a que se refiere el 3 del RDL, y, por analogía con lo exigido al demandante, debe formularse, aunque sea oralmente, acomodándola a los requisitos exigidos para la demanda, es decir, procurando expresar primero los hechos que fundamentan la reconvenición, a continuación los fundamentos jurídicos en que se apoya pretensión reconvenicional e indicación de lo que se pide, con claridad y precisión.

Y, como ya se sabe que, dialécticamente hablando, la mejor defensa es un buen ataque, no será extraño que, a la pretensiones de la letra a) del art. 3 siga una reconvenición de incremento de la pensión alimenticia del menor por parte de la parte demandada o que, a la pretensión de reducción o extinción de la pensión solicitada por la parte actora, se reconvenga ejercitando otra de las acciones permitidas en los apartados a, b, ó c del referido artículo 3.

En cualquier caso, lo que se planteará en no pocas ocasiones, es que la formulación de demanda reconvenicional por el demandado lleve al demandante reconvenido a pedir la suspensión de la vista para poder preparar en debida forma su defensa frente a la pretensión reconvenicional, como podrá suceder si, frente a una demanda de un progenitor accionando por la pretensión referida en el apartado a) del artículo 3, la parte demandada reconviene ejercitando una de las acciones previstas en los apartados b y c del mismo artículo.

Como ya señalara en el epígrafe II de este estudio, el demandante, que pasa a ser en el acto de la vista demandado reconvenido a causa de la reconvenición del demandado reconviniente, sufre una clara merma de su derecho de defensa y queda en una situación de desigualdad e inferioridad frente al demandado si se le obliga a contestar oralmente a la pretensión reconvenicional formulada por el demandado, inmediatamente después de explicitarse ésta y sin solución de continuidad, pues mientras el demandado conoce, antes de la comparecencia o vista, su posición, sus alegaciones y las pruebas presentadas, el demandante desconoce cuál será la posición procesal que mantendrá el demandado en la vista sobre la pretensión del actor y también desconocerá las contra alegaciones de la adversa o hechos nuevos que pueda esgrimir el demandado en defensa de su pretensión desestimatoria, y, con mayor motivo, si el demandado ejercita una pretensión reconvenicional, la dirección letrada del actor no puede articular debida y eficazmente su defensa sin antes mantener una reunión con su defendido para contrastar la verosimilitud tanto de los hechos aducidos por el demandado en su defensa, como de aquellos otros en que éste asienta la pretensión reconvenicional, quedando privado de la oportunidad de proveerse de los documentos o pruebas dirigidos a desvirtuar los hechos aducidos por la contraparte tanto en su contestación como en una eventual demanda reconvenicional.

VII.6.d) La práctica de la prueba.

Ninguna especialidad presenta la práctica de la prueba en este proceso especial.

Las partes tendrán que asistir al acto con las pruebas de que intenten valerse, debiendo practicarse dichas pruebas, así como las que pueda acordar de oficio el juez, en el mismo acto de la vista.

VII.6.e) La apertura del periodo probatorio para las que no puedan llevarse a cabo en el acto de la vista.

Según señala el art. 5.5, párrafo 3º del RDL, si fuera imposible, en relación con alguna de las pruebas, su realización en el acto de la vista, la misma deberá practicarse en el plazo que señale el juez, que no podrá exceder de quince días.

VII.6.f) El trámite de conclusiones orales.

El art. 5.6 del RDL ordena que, una vez practicadas las pruebas, se podrá conceder a las partes un turno de palabra para formular oralmente conclusiones. Nótese que el precepto

atribuye al juez la facultad de conceder ese trámite, pero no le obliga a darlo en todo caso

VIII.-La resolución definitiva: Sentencia ¿o auto?, oral o escrita.

Establece el apartado 7 del artículo 5 del RDL:

“7. Finalizada la vista, el órgano judicial podrá dictar resolución, en forma de sentencia o auto según corresponda, oralmente o bien por escrito en el plazo de tres días hábiles. En caso de que se dicte resolución oralmente, esta se documentará con expresión del fallo y de una sucinta motivación. Pronunciada oralmente una resolución, si todas las personas que fueran parte en el proceso estuvieran presentes en el acto por sí o debidamente representadas y expresaren su decisión de no recurrir, se declarará, en el mismo acto, la firmeza de la resolución.

Fuera de este caso, el plazo para recurrir comenzará a contar desde la notificación de la resolución debidamente redactada.”

Debe precisarse que, en caso de dictarse oralmente será pronunciada la resolución definitiva (auto o sentencia) por el/la juez, de viva voz, en la misma sala de audiencias del juzgado, inmediatamente después de la terminación de la vista, sin solución de continuidad, y que la misma quedará grabada en el equipo de videograbación del juzgado, por lo que la documentación del fallo o parte dispositiva y la motivación sucinta de la sentencia o auto deberán hacerse por el LAJ o funcionario en quien delegue, previa audición del soporte video-gráfico correspondiente, transcribiendo su contenido: Tras documentarse la sentencia o auto se entregará copia de la transcripción a las partes y, en su caso, al Ministerio Fiscal, junto con una copia de la videograbación.

La decisión de dictar resolución final, sea sentencia o auto, ‘in voce’ o reservarse el derecho a hacerlo por escrito es una facultad discrecional del juez, como señala el precepto.

Es digna de elogio, por la economía de tiempo que procura, la posibilidad de declarar la firmeza de la resolución final en el acto, si las partes manifiestan su conformidad con el fallo o parte dispositiva de la sentencia o auto dictados.

Por lo demás, en cuanto a los supuestos en que este procedimiento pueda terminar por auto, habrá de estarse a lo dispuesto en el art. 443 de la LEC, aplicable por la remisión

genérica al juicio verbal contenida en el artículo 5.9 del RDL. Conforme a aquél, el tribunal resolverá sobre las circunstancias que puedan impedir la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo de acuerdo con los artículos 416 y siguientes de la LEC, esto es, resolverá por auto, sin pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión debatida, en caso de apreciar que concurre alguna de las circunstancias o excepciones procesales enunciadas en el art. 416 de la LEC.

IX.- El recurso de apelación. ¿Admisión en uno o en ambos efectos?

El artículo 5. 8 del RDL establece que “contra la resolución que ponga fin al procedimiento podrá interponerse recurso de apelación”.

No indica el precepto si el mismo deberá admitirse en uno o en ambos efectos, pero, en virtud de la regla general de subsidiariedad establecida en el art. 5.9 del RDL, que declara de aplicación supletoria la regulación contenida en el LEC para la sustanciación del juicio verbal para toda las cuestiones que se susciten en relación con este procedimiento y no estén previstas en los arts. 3 a 5 del RDL, habrá de estarse, en cuanto a las sentencias desestimatorias, a lo dispuesto en el art. 456.2 de la LEC, y, en relación con las estimatorias, a lo prevenido, según su naturaleza y contenido de sus pronunciamientos, a la eficacia que establece el Título II del Libro III de la LEC (Arts.524 a 534).

Llama poderosamente la atención que el legislador delegado se haya apartado del régimen previsto con carácter general en el art. 774.5 de la LEC, a cuyo tenor los recursos contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta, régimen que es también aplicable a las sentencias recaídas en los procesos de modificación de medidas del art. 775 de la LEC, cuya naturaleza revisoria comparte este procedimiento especial y sumario. No se entiende muy bien que encontrándonos en un proceso de familia, perfectamente asimilable al proceso de modificación de medidas, se establezca un régimen para el recurso de apelación completamente ajeno al de los procesos matrimoniales y de menores regulados en el capítulo IV del Título I del Libro IV de la LEC.

X.- La supletoria aplicación de lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, para el juicio verbal.

El Art. 5.9 del RDL dispone: “En todo lo no previsto en este artículo será de aplicación supletoria lo dispuesto en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, para la tramitación del juicio verbal.”

Enlazando con lo que acaba de expresarse al final del epígrafe anterior, el principal problema que suscita la aplicación de lo dispuesto en el apartado 9 del art. 5 del RDL es si la remisión a la normativa reguladora del juicio verbal que realiza dicho precepto implica excluir la aplicación en el procedimiento que comentamos de las normas sobre indisponibilidad del objeto del proceso y valoración de la prueba contenidas en los artículos 751 y 752 de la LEC.

No parece que esa haya sido la voluntad del legislador, sino más bien un simple error u omisión inadvertida imputable a la premura con que se ha debido dictar el Real Decreto Ley, por razón de la urgencia que las cuestiones reguladas demandaba, en cuanto la aplicación de dichas normas a las cuestiones de derecho de familia afectantes a los menores, que sean de naturaleza indisponible, es unánimemente aceptada de manera incontestable por la doctrina y la jurisprudencia

ⁱ Informe de la Secretaría Técnica de la FGE de 30-4-2020, denominado “Análisis de impacto del Real Decreto Ley 16/2020, de 28 de abril, de medidas procesales y organizativas para hacer frente al Covid-19 en el ámbito de la Administración de Justicia”. Pág.10.

ⁱⁱ El borrador del Real Decreto Ley dado a conocer el 25 de abril de 2020, decía literalmente en el apartado b9 del artículo 3 lo siguiente: b) Las que tengan por objeto solicitar la revisión de las medidas definitivas sobre cargas del matrimonio, pensiones económicas entre cónyuges y alimentos reconocidos a los hijos, adoptadas en aplicación de lo dispuesto en el artículo 774 de la Ley 1/2000, de 1 de enero, de Enjuiciamiento Civil, cuando la revisión tenga como fundamento haber variado sustancialmente las circunstancias económicas del progenitor obligado a dichas prestaciones económicas como consecuencia de la crisis sanitaria producida por el COVID-19.

ⁱⁱⁱ El Primer Documento de Medidas Organizativas y Procesales del Plan de Choque del Consejo General del Poder Judicial de 2 de abril de 2020 propuso, como medida 2.11, la adición a la LEC de un nuevo artículo 709 bis para introducir un incidente especial de ejecución para la compensación de días de visitas y estancias no disfrutados durante el confinamiento por el Covid-19. El nuevo art. 709 bis.1, que se proponía, tenía la siguiente redacción:

“1.- En los supuestos en que el incumplimiento de la obligación personalísima de dar cumplimiento al régimen de visitas y custodias compartida haya tenido lugar por razones de fuerza mayor y se presente solicitud de cumplimiento o petición de compensación por los tiempos de visitas no disfrutados, solicitada dicha compensación por el progenitor no custodio, el tribunal acordará que se cite a las partes y al Fiscal si fuera procedente, a una vista, que deberá celebrarse dentro de los diez días siguientes.

^{iv} “Comentarios parciales a las medidas procesales relativas a los juzgados de Familia del Plan de Choque del CGPJ tras el estado de alarma”. Autor Juan Pablo González del Pozo. Publicado en el Diario La Ley nº 960, de 22 de abril de 2020, Epígrafe III.3.

^v Informe de la Secretaría Técnica de la FGE, cit., pág.7.

^{vi} Informe de la Secretaría Técnica de la FGE, cit., pág.8.

^{vii} Dice el RDL 16/2020, en su Preámbulo o Exposición de Motivos en su apartado II: “(...) Por otra parte, las consecuencias económicas que se derivarán de la crisis del Covid-19 pueden conllevar alteraciones en las situaciones económicas de las personas obligadas al pago de las pensiones alimenticias o bien en las situaciones de quienes las reciben, lo que dará lugar a que sean instados procedimientos para la modificación de tales medidas.”

^{viii} Informe de la Secretaria General Técnica de la FGE, cit., pág.10.

^{ix} Lo cual plantea un dilema curioso: si el juez solo puede oír a los menores que no han cumplido la edad de 12 años cuándo estos tiene suficiente juicio, ¿Cómo evalúa el juez si el menor tiene suficiente juicio o capacidad, explorándole previamente, o encargando la emisión de un informe psicológico sobre tal extremo.

^x Esta medida trae causa de la propuesta 1.1 contenida en el PDMCVPCH que tenía por objeto “reanudar de forma graduada y ágil los procedimientos seguidos en los juzgados de familia y en los juzgados de instrucción y penales con víctimas vulnerables, suspendidos durante el estado de alarma, mediante la habilitación de los plazos para estos procedimientos de forma consensuada con las partes intervinientes y haciendo uso de medios tecnológicos de código abierto que pueden alojarse en el servidor de los equipos del Ministerio de Justicia o CCAA en su caso.

^{xi} La medida se decía en el PDMCVPCH, hace necesaria para su ejecución, la presencia física en el juzgado de al menos dos funcionarios/as y el/la LAJ, con un teléfono Smartphone perteneciente al Ministerio de Justicia o CCAA, pudiendo estar el/la juez/a, y en su caso el/la fiscal, así como abogados/as y clientes en otros espacios con sus respectivos teléfonos Smartphone. El Ministerio de Justicia o CCAA en su caso, debe alojar en su servidor, la aplicación de código abierto.

Se requerirá medida formativa para los informáticos encargados de alojar la aplicación en el servidor y el personal (funcionarios/as, LAJs, Juez/a y fiscal, abogados/as solo requerirán de un tutorial para su instalación en sus respectivos teléfonos.