



LA CRISIS MATRIMONIAL

Unidad 5

SONIA RODRÍGUEZ LLAMAS

7/05/2025



Este texto está bajo una [licencia de Creative Commons Reconocimiento---NoComercial---SinObraDerivada 4.0 Internacional](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

They may be copied, distributed and broadcast provided that the author and that publishes them are cited. Commercial use and derivative works are not permitted. The full licence can be consulted on Creative Commons

LA CRISIS MATRIMONIAL

Unidad 5

SUMARIO: I. La crisis matrimonial: Nulidad, separación y divorcio. II. Nulidad. A. Causas. B. Convalidación del matrimonio nulo. C. Legitimación activa, D. Efectos de la sentencia de nulidad y matrimonio putativo. III La separación. A. Concepto y clases. B. La acción de separación y los efectos de la separación judicial. C. La reconciliación. IV. El divorcio. A. Concepto y clases. B. La acción y la sentencia de divorcio. V. Efectos y medidas comunes a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio. A. Las medidas previas o provisionales. B. Las medidas provisionales. C. Las medidas previas y provisionales en el ámbito de la violencia de género. D. Las medidas definitivas. E. La modificación de las medidas definitivas. F. La negociación previa (MASC) como requisito de procedibilidad en los procesos judiciales contenciosos.

I. La crisis matrimonial: Nulidad, separación y divorcio

Las crisis familiares, circunscritas a su acepción mayoritaria, coinciden con los supuestos de **nulidad, separación y divorcio**. Se trata de tres formas distintas, todas ellas reguladas legalmente, de resolver las crisis familiares. Cada una de dichas formas obedece a distintas razones, y su tramitación debe afrontarse a través de procedimientos técnicos con ciertas divergencias, si bien con una perspectiva teleológica, por medio de todos ellos se pretende resolver legalmente el conflicto matrimonial.

II. La nulidad del matrimonio

La NULIDAD DEL MATRIMONIO supone la declaración de su ineficacia, con efectos retroactivos al momento de su celebración, **invalides ex tunc** que implica la inexistencia del matrimonio desde su inicio. Se trata de supuestos en los que existe un defecto estructural

básico en el negocio matrimonial que determina su ineficacia. A diferencia del divorcio, éste último conlleva la ruptura de un vínculo que sí existió, mientras que la separación sólo implica la suspensión de los derechos y deberes derivados de un vínculo matrimonial que permanece.

La nulidad matrimonial es la declaración de ineficacia del matrimonio con efectos retroactivos al momento de su celebración.

A. Causas

Las **causas de nulidad** del matrimonio están previstas en el artículo 73 del CC, según el cual es nulo, **cualquiera que sea la forma de su celebración**:

1.- El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

2.- El contraído entre las siguientes personas: a) Los menores de edad no emancipados; b) Los que estén ligados por vínculo matrimonial que no haya sido declarado nulo o disuelto; c) Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción; d) Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado; y e) Los condenados por haber tenido participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.

3.- El que se contraiga sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Letrado de la Administración de Justicia, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos (según redacción, que entrará en vigor el 30 de junio de 2017, conforme a la DF 1ª de la Ley de Jurisdicción Voluntaria - en adelante, LJV -; en la actualidad, el precepto se refiere al Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse, así como a los testigos).

4.- El celebrado por error en la persona del otro contrayente en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes para la prestación del consentimiento.

5.- El contraído por coacción o miedo grave.

La enumeración de las causas que se hace en el artículo 73 no recoge todos los supuestos en que se puede solicitar la nulidad del matrimonio. Así entre otros ejemplos de supuestos no tasados se encuentra la posibilidad de declarar la nulidad del matrimonio contraído por poder si no se cumplen los requisitos del art. 55 CC, o el matrimonio celebrado con simulación, reserva mental, anomalía psíquica o física, etc.

B. La convalidación del matrimonio nulo

En el Código civil se contemplan algunos supuestos en los que, a pesar del defecto estructural básico en el momento de la celebración del matrimonio, las circunstancias concurrentes *ex post*, permiten considerarlo válido produciendo todos sus efectos. La convalidación se produce de forma **automática** no siendo necesario instarla por los interesados. Los casos de convalidación del matrimonio nulo se encuentran **taxativamente enumerados** en la ley, sin posibilidad de aplicación analógica. Los supuestos en los que puede convalidarse el matrimonio nulo son los siguientes:

1. Cuando concurre una circunstancia impeditiva de carácter dispensable entre los contrayentes (parentesco en tercer grado en línea colateral, participación en la muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal) siempre y cuando la dispensa se obtenga con posterioridad a la celebración del matrimonio y la nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes (art. 48 CC).
2. Cuando uno de los contrayentes o ambos tuvieran una edad inferior a la exigible legalmente para contraer matrimonio en el momento de su celebración, si han convivido juntos durante un año una vez alcanzada la mayoría de edad (art. 75.2 CC).
3. En los casos de error, coacción o miedo grave el matrimonio se convalida si los cónyuges han vivido juntos durante un año después de que desvaneciera el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo (art. 76.2 CC).

C. La legitimación activa

El régimen jurídico de la acción y del procedimiento judicial de nulidad matrimonial se encuentra disperso en algunos artículos del Código civil y también en varios preceptos de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (que regula conjuntamente los procesos matrimoniales y de menores).

En cuanto a la **legitimación activa** señala el artículo 74 del CC con carácter **general** que la acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella. Esta regla general sufre **restricciones** en los casos en que la causa de nulidad sea la falta de edad o el vicio del consentimiento. En estos supuestos señala el art. 75 del CC que “si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de

sus padres, tutores y guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal”, mientras que “(e)n los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio” (art. 76.1 CC).

D. Efectos de la sentencia de nulidad y matrimonio putativo

La sentencia de nulidad reconoce la inexistencia del vínculo matrimonial, con efectos retroactivos al momento de su celebración. Ello supone que se declara que el matrimonio no ha existido y por tanto no ha producido efectos, a excepción de los efectos producidos respecto de los hijos y del contrayente de buena fe (**MATRIMONIO PUTATIVO**). Actualmente el matrimonio putativo se encuentra regulado en el art. 79 del CC a cuyo tenor “La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe”. Respecto de los hijos las relaciones paterno-filiales siguen desplegando sus efectos en el futuro, pues no quedan afectadas por la declaración de nulidad.

Con respecto a los bienes del matrimonio la nulidad determina la disolución del régimen económico matrimonial desde la fecha de la sentencia firme, el decreto firme o escritura pública que formalice el convenio regulador. Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el otro podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial la normativa del régimen de participación, no teniendo derecho el que obró de mala fe a participar en las ganancias obtenidas por su cónyuge (art. 95 CC). Además el cónyuge de buena fe tendrá derecho a una indemnización (art. 98 CC).

III. La separación

A. Concepto y clases

La separación supone la ruptura de la convivencia conyugal que **no afecta al vínculo matrimonial**, y requiere por tanto la adaptación del régimen jurídico del matrimonio y de la patria potestad, en su caso, a la nueva situación en que se encuentran los cónyuges. En este punto es donde se encuentra la principal diferencia entre la separación y el divorcio, en la medida que el divorcio supone además del cese de la convivencia de la pareja, con idéntica necesidad de adaptación de la nueva realidad, la ruptura del vínculo matrimonial, cosa que, como ya hemos adelantado, no ocurre en el caso de la separación. Consecuencia de ello es que tras la separación, los cónyuges no pueden contraer nuevo matrimonio, pues siguen unidos a su cónyuge por el vínculo matrimonial, mientras que los cónyuges divorciados, si así lo desean, pueden contraer nuevas nupcias, incluso entre ellos mismos.

La separación matrimonial puede coincidir con una situación previa de ruptura de la convivencia por los cónyuges. A esta situación previa se le denomina **SEPARACION DE HECHO**, y se identifica con la situación fáctica de ruptura de convivencia, acordada por ambos cónyuges, o impuesta por uno de ellos, que no ha sido decretada por el órgano judicial ni notarialmente.

Pero desde el punto de vista de su regulación legal, que actualmente se encuentra en el Código Civil y en la Ley de Enjuiciamiento Civil en su nueva regulación introducida a través de la Ley 15/2005 de 8 de julio y la más reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, la separación se identifica con la **SEPARACION LEGAL**, que es la decretada por la autoridad judicial (juez o Letrado de la Administración de Justicia) o por el notario (en el caso de que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores), a iniciativa de uno o de ambos cónyuges.

La separación a su vez puede ser, **SEPARACION CONSENSUAL**, o también llamada de mutuo acuerdo, y **SEPARACIÓN CONTENCIOSA**.

La **SEPARACION CONSENSUAL** es la solicitada por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, o por ambos conjuntamente. Se encuentra regulada en los artículos 81 y 82 del CC.

Existiendo **HIJOS MENORES no emancipados O HIJOS MAYORES RESPECTO DE LOS QUE SE HAYAN ESTABLECIDO JUDICIALMENTE MEDIDAS DE APOYO**, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, la separación (tanto consensual como contenciosa) debe ser decretada judicialmente. Así lo establece el artículo 81 del CC según el cual se decretará judicialmente la separación del matrimonio cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: “a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código”. El art. 90 CC precisa el contenido mínimo del convenio regulador.

En el caso de que la separación sea de mutuo acuerdo pero **NO EXISTAN HIJOS MENORES no emancipados O HIJOS MAYORES RESPECTO DE LOS QUE SE HAYAN ESTABLECIDO JUDICIALMENTE MEDIDAS DE APOYO**, los cónyuges también podrán instar la separación una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, mediante la formulación de un convenio regulador en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90 CC. Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado, prestando su consentimiento ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el

consentimiento ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar (art. 82.1 del CC).

En la separación consensual el acuerdo entre los cónyuges da lugar al CONVENIO REGULADOR, documento que necesariamente se debe acompañar a la demanda de separación o a la separación tramitada ante el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, y que recoge los acuerdos de los cónyuges sobre los puntos contenidos en el art. 90 del Código Civil.

Según el número 2 del artículo 90 los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Si las partes proponen un régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que estos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede.

Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta del convenio regulador.

La separación consensual presenta indudables ventajas frente a la separación contenciosa. En primer lugar en la medida que supone que los cónyuges han sido capaces de llegar a acuerdos en los puntos sobre los que debe versar el convenio regulador, y que en definitiva suponen acuerdos sobre los aspectos más relevantes de su nuevo estatus conyugal (quien ostentará la guarda y custodia de los hijos menores; régimen de visitas; pensión de alimentos; uso de la vivienda conyugal, etc.). De otro lado, desde un punto de vista procesal, se trata de un procedimiento más sencillo, donde las funciones del juez, Letrado de la Administración de Justicia, Notario, y en su caso del Ministerio Fiscal, quedan principalmente reducidas a constatar si se dan los requisitos para la separación, y si el convenio regulador protege de forma adecuada los intereses más necesitados de protección, no generándose un perjuicio o desequilibrio para ninguno de los cónyuges o de los hijos menores del matrimonio o para los hijos mayores o menores emancipados afectados. La sencillez de este tipo de procedimientos consensuales tiene como consecuencia que implique menores costes económicos para los cónyuges.

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la **Jurisdicción Voluntaria** ha introducido una novedad sustancial en lo que atañe a la separación y divorcio de mutuo acuerdo sin hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas

de apoyo, regulando la posibilidad de que los cónyuges puedan instar la separación o el divorcio ante funcionarios distintos de aquellos que tienen atribuida la potestad jurisdiccional. En este ámbito, tanto a Letrados de la Administración de Justicia como a Notarios se les atribuyen funciones que hasta ahora correspondían únicamente a los Jueces.

Si los cónyuges no se ponen de acuerdo sobre alguno o algunos de los puntos sobre los que debe versar el convenio regulador, deberán recurrir a un procedimiento de SEPARACIÓN CONTENCIOSA, en el que será finalmente el Juez quien decida, después del procedimiento judicial, lo que estime más conveniente a la luz de las pruebas practicadas en el proceso, y teniendo siempre en cuenta el interés superior de los menores. Dado que los procedimientos son comunes a los que se tramitan en caso de divorcio, dejamos para un momento posterior su desarrollo.

Una de las novedades más importantes que se introdujo en este punto por la Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio respecto de la regulación anterior, es que se pasó de un sistema causalista a un sistema de naturaleza marcadamente objetiva, basado en el transcurso de un corto plazo de tiempo desde la celebración del matrimonio. Ya no es necesario alegar ninguna causa en la que deba basarse la separación, concurriendo por regla general como únicos requisitos previos la voluntad de uno de los cónyuges, y el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio.

No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio (art. 81.2º CC).

B. La acción de separación y los efectos de la separación judicial

La legitimación activa para el ejercicio de la acción de separación corresponde a ambos cónyuges o a uno de ellos con el consentimiento del otro en los supuestos de separación consensual (art. 81.1º CC), o bien a uno solo de ellos, en los supuestos de separación contenciosa (art. 81.2º CC).

La doctrina y jurisprudencia tradicionalmente han considerado la acción de separación **personalísima** excluyéndose por dicho motivo la posibilidad de representación. Sin embargo, el Tribunal Constitucional en su sentencia de 18 de diciembre de 2.000 admitió al amparo del derecho a obtener la tutela judicial efectiva, la legitimación activa de la madre y tutora de la esposa.

La sentencia de separación produce los siguientes **efectos**:

1. Suspensión de la vida en común de los cónyuges extinguiéndose el deber de convivencia consagrado en el artículo 68 del CC.
2. Extinción de la potestad doméstica (posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica) prevista en el artículo 1319 del CC.
3. Disolución de la sociedad de gananciales (art. 1.392.3º del CC).
4. Cesación de la presunción de paternidad del marido pasados trescientos días (art. 116 del CC).
5. Pérdida de los derechos hereditarios, tanto en la sucesión intestada (art. 945 del CC) como en la legitimaria (art. 834 del CC).
6. La separación de los cónyuges no afecta a la obligación legal de alimentos entre parientes, que subsiste.

C. La reconciliación conyugal

Se ha definido la **RECONCILIACIÓN** conyugal por la doctrina como el negocio jurídico en virtud del cual los cónyuges libre y voluntariamente hacen cesar la situación jurídica de separación e implantan de nuevo una comunidad de vida. Esta definición hace aplicable a la reconciliación las reglas sobre la voluntad negocial y sus vicios. A tenor de lo dispuesto en el artículo 84 del CC la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones.

La reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente.

IV. El divorcio

A. Concepto y clases

El DIVORCIO es uno de los medios de **disolución del matrimonio** (junto con la muerte y la declaración de fallecimiento) que, si hay hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, se produce a través de una sentencia judicial, obtenida a iniciativa de un cónyuge, de un cónyuge con el consentimiento del otro o de ambos.

Desde la entrada en vigor de la **Ley 15/2015, de 2 de julio** el divorcio ha dejado de poseer un carácter estrictamente judicial dado que la disolución del matrimonio por divorcio

podrá tener lugar por sentencia que así lo declare, pero también por decreto del Letrado de la Administración de Justicia o por escritura pública autorizada por Notario en los supuestos de divorcios solicitados de mutuo acuerdo siempre que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

La sentencia, decreto o escritura pública en que se establezca el divorcio, tiene carácter constitutivo.

Al igual que ocurre con la separación, existen dos posibles procedimientos de DIVORCIO, el de **MUTUO ACUERDO** y el **CONTENCIOSO**. En los supuestos de MUTUO ACUERDO, si el divorcio se decreta judicialmente por existir hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo las partes deben presentar junto con la demanda un convenio regulador con idéntico contenido que en el caso de la separación judicial.

No habiendo hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo, los cónyuges podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82 para los supuestos de separación, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él (art. 87).

El proceso CONTENCIOSO de divorcio se rige por los mismos trámites procesales que el de separación. De hecho, su regulación se hace de forma conjunta en la LEC.

De entre todas las novedades introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, una de las más novedosas, junto con la eliminación de las causas de separación y divorcio, fue el hecho de que pase a permitirse el divorcio sin una separación judicial previa. Con anterioridad a la reforma que comentamos, para acceder al divorcio era requisito previo necesario, en casi todos los supuestos, haber obtenido con carácter previo la separación judicial. Igualmente, tras la entrada en vigor de la Ley 15/2005 solo es necesario que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio para poder pedir la separación o de manera separada el divorcio en el mismo plazo, aunque este plazo no es necesario en el caso de que se acredite un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos, o de ambos, o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

B. La acción y la sentencia de divorcio

La acción de divorcio es **personalísima** (aunque, al igual que en la separación, debe tenerse en cuenta la doctrina ya comentada del TC establecida en su sentencia de 18 de diciembre de 2000), irrenunciable e imprescriptible.

La **Ley 15/2015 de 2 de julio** ha introducido de forma novedosa y con carácter

preceptivo la prestación de consentimiento por parte de los hijos mayores de edad, y en su caso emancipados que convivan en el domicilio familiar respecto a las medidas que les afecten en los procedimientos de mutuo acuerdo que se tramiten ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario.

La acción de divorcio **se extingue** por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda. La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio (art 88 del CC).

La sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán, ex nunc, son los siguientes **efectos**:

1. Disolución del vínculo matrimonial cambiando el estado civil de los cónyuges al de divorciados (art. 89 del CC).
2. Disolución del régimen económico matrimonial (art. 95 del CC).
3. Respecto de los terceros de buena fe, el divorcio no les perjudicará sino a partir de su inscripción en el Registro Civil (art. 89 del CC).

V. Efectos y medidas comunes a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio

El Código Civil regula en el capítulo IX, título IV del libro I (arts. 90 a 101) y Capítulo X (arts. 102 a 106) los **efectos** que llama **“comunes” a la nulidad, separación y divorcio** así como las medidas provisionales. El criterio unificador viene determinado por la situación de crisis matrimonial en los tres supuestos, que modaliza de forma importante el *status* del matrimonio.

Podemos decir que según el momento en que las medidas son solicitadas nos podemos encontrar con:

- a) Las medidas **previas o provisionalísimas**: Son aquéllas que se solicitan con anterioridad a la interposición de la demanda de separación o divorcio.
- b) Las medidas **provisionales**: son las que se solicitan junto con la demanda de separación o divorcio.
- c) Las medidas **definitivas**: Son las que se contienen en la propia sentencia, bien impuestas por el juez si las partes no han logrado llegar a un acuerdo, bien recogidas en el convenio regulador que las partes han presentado de común acuerdo para que el juez lo homologue.

A. Las medidas previas o provisionalísimas

El cónyuge que pretenda instar demanda de nulidad, separación o divorcio, puede solicitar, antes de formular la demanda, la adopción de determinadas medidas que regirán

durante la tramitación del proceso hasta que sean sustituidas por las medidas definitivas acordadas en la sentencia (a las que nos hemos referiremos posteriormente). Las MEDIDAS PREVIAS se caracterizan porque suponen la anticipación de los efectos provisionales que produce la demanda y su posibilidad se encuentra prevista en el art. 104 del CC. Estas medidas quedarán sin efecto si en treinta días no se formula la demanda principal. También está legitimado para solicitarlas el progenitor en caso de pareja de hecho que pretenda solicitar la adopción de medidas en relación a hijos no matrimoniales (limitadamente a lo que no requiera relación matrimonial).

Se pueden solicitar los efectos y medidas previstos en los arts. 102 y 103 del CC.

Es competente para su tramitación (regla especial) el Juez del domicilio del solicitante. Para la solicitud no será necesaria la firma de Abogado ni de Procurador, que sí lo será para la asistencia a la comparecencia para su adopción. No es preciso que reúna los requisitos previstos para una demanda, pero sí es necesaria la identificación de las partes, la exposición de las circunstancias concurrentes, la manifestación de la próxima presentación de la demanda principal, la indicación de las pruebas que puedan ser interesadas en la comparecencia y las medidas que se solicitan. Presentada la solicitud el Letrado de la Administración de justicia (LAJ) citará a una comparecencia a las partes y al Ministerio Fiscal (si hubiera hijos menores o incapacitados). El objeto de la comparecencia es intentar un acuerdo de las partes. Si no se obtiene, prosigue la comparecencia por sus trámites. El Juez puede adoptar medidas provisionales urgentes antes de la comparecencia, restrictivas y limitadas, *inaudita parte*, en caso de urgencia en relación a la guarda de los menores y el uso de la vivienda familiar.

El Juez resolverá mediante auto frente al que no cabe recurso alguno. Las medidas son ejecutables inmediatamente sin esperar el plazo de 20 días, y regirán durante el curso del procedimiento principal si se presenta la demanda antes de 30 días desde su adopción.

B. Las medidas provisionales

Como se ha indicado, las medidas provisionales son aquellas que se solicitan junto con la presentación de la demanda de nulidad, separación o divorcio. No obstante, es importante distinguir dichas medidas provisionales, de los efectos *ex lege* o por ministerio de la ley, que tienen lugar sin necesidad de que las partes los soliciten y que se producen por la mera presentación de la demanda:

1. Los cónyuges pueden vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.
2. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.
3. Cesa la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Si no se hubieran solicitado y adoptado con anterioridad el demandante podrá solicitar la adopción de las medidas previstas en el artículo 103 del CC para que rijan durante el proceso. Se trata de las MEDIDAS PROVISIONALES y son las siguientes:

1. La guarda y custodia de los hijos, que podrá asignarse a uno de ellos o a ambos de forma compartida.
2. El régimen de visitas, comunicación y estancia con los hijos menores de edad. Cuando exista riesgo de sustracción del menor se podrá acordar las medidas necesarias para evitar el mismo (prohibición de salida del territorio nacional, de expedición de pasaporte, etc.).
3. La atribución del uso de la vivienda familiar y del mobiliario y el ajuar.
4. La contribución a las cargas familiares.
5. Se señalarán los bienes gananciales que, previo inventario, se haya de entregar a uno u otro cónyuge, lo relativo a su administración y rendición de cuentas, así como el régimen de administración y disposición de los bienes privativos afectados a las cargas del matrimonio.

Demandante y demandado deberán solicitar, en su caso, su adopción, en sus respectivos escritos de demanda y contestación, sin que quepa en un momento posterior (sin perjuicio de concurrir razones de urgencia siendo precisa la aplicación del art. 158 del CC).

Solicitadas las medidas provisionales, el LAJ convocará a las partes y, en su caso, al Ministerio Fiscal, a una comparecencia idéntica a la prevista para las medidas previas, que finaliza asimismo mediante auto, no susceptible de recurso alguno. No obstante, las partes podrán someter al Juzgador la homologación y aprobación del acuerdo a que lleguen en relación con las medidas en la demanda, en la contestación o en la propia comparecencia.

Las medidas adoptadas permanecerán en vigor hasta que sean sustituidas por las medidas definitivas en sentencia.

C. Las medidas previas y provisionales en el ámbito de la violencia doméstica

Si tiene lugar un acto de violencia sobre la mujer, los Juzgados de Violencia sobre la mujer son competentes para la adopción de medidas de naturaleza civil relativas al ejercicio de la patria potestad; la atribución del uso y disfrute de la vivienda familiar; régimen de custodia y de visitas y prestación de alimentos, y cualquier disposición que se considere oportuna a fin de apartar al menor de un peligro o evitarle perjuicios.

Las medidas de carácter civil adoptadas en la orden de protección tendrán una vigencia de treinta días. Si dentro de dicho plazo se formula proceso matrimonial, las medidas permanecerán en vigor los treinta días siguientes, debiendo ser ratificadas o modificadas por el Juzgado de Familia competente. Cuando no se inste el proceso quedarán sin efecto.

D. Las medidas definitivas

La declaración de nulidad, separación o divorcio, exige una serie de pronunciamientos, debiendo presentarse con la demanda (en los casos de procedimientos consensuales o de mutuo acuerdo) una propuesta de **CONVENIO REGULADOR**, cuyo contenido esencial se establece en el art. 90 del CC en los siguientes términos:

- a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.
- c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- f) La pensión que conforme al artículo 97 corresponde satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Sobre el alcance y contenido de estas medidas nos remitimos al desarrollo que de las mismas se hace en el apartado relativo a las medidas definitivas decretadas por el Juez en defecto de convenio.

Los acuerdos a que hayan llegado los cónyuges (manifestación del principio de autonomía de la voluntad) y que se plasman en el convenio regulador, han de ser homologados por el Juez, formalizados ante Letrado de la Administración de Justicia o autorizados por Notario, salvo que los mismos sean dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. En el caso de homologación judicial, si el convenio no se aprobase por el Juez, los cónyuges deben someter a su consideración una nueva propuesta para su aprobación. El Juez podrá establecer las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio.

Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta del convenio regulador.

Con el convenio regulador se permite a las partes que sean ellas mismas las que regulen los efectos de su nueva situación, en los aspectos más relevantes de su vida personal y patrimonial. Tanto el CC como la LEC promueven el acuerdo de los cónyuges como forma de solucionar los conflictos familiares, de forma que cualquier proceso de familia, puede finalizar

con un acuerdo de las partes homologado judicialmente, con independencia del origen contencioso del procedimiento. Y para lograr ese acuerdo, la MEDIACION FAMILIAR es uno de los recursos disponibles al alcance de cualquier persona inmersa en una crisis familiar. Con ella, fundamentalmente lo que se pretende es conseguir que las distintas partes inmersas en el conflicto, sean capaces por sí solas, aunque ayudadas por un tercero imparcial (mediador), de solventar el conflicto actual así como los que surjan en un futuro.

En los casos de inexistencia del convenio, bien porque las partes no hayan sido capaces de llegar un acuerdo sobre los puntos que contiene el artículo 90 del CC, bien porque la propuesta de convenio regulador no haya sido aprobada judicialmente, el art. 91 del CC establece que **el Juez determinará las MEDIDAS DEFINITIVAS** que hayan de sustituir a las adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Las medidas definitivas tendrán efectividad inmediata con independencia de que se interponga recurso de apelación.

Las medidas a adoptar se encuentran detalladamente reguladas en los arts. 92 a 101 del CC. Con carácter previo hemos de partir en este ámbito del principio recogido en el artículo 92.1 del Código Civil, según el cual la separación, nulidad o divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Consecuencia de ello es que seguirán en vigor todas las obligaciones derivadas de la titularidad y ejercicio de la patria potestad, si bien modalizadas en su aplicación práctica por el hecho de la ruptura de la convivencia y comunidad de vida entre los progenitores.

A).- Patria potestad. Respecto de los hijos menores de edad se distingue entre la titularidad y el ejercicio de la patria potestad.

Como regla general y por sí solo el hecho de la separación o divorcio de los padres no afecta a la titularidad de la patria potestad, pues la siguen ostentando ambos progenitores. No obstante, el juez acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa justa para ello (art. 92.3 CC). En función de lo dispuesto en el artículo 170 del CC, la justa causa para la privación de la patria potestad sobre los hijos menores se debe fundar en el incumplimiento de los deberes inherentes a la misma.

En cambio, respecto del ejercicio de la patria potestad (que no la titularidad) establece una regla distinta en el artículo 156.5: “Si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el Juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio”.

Así mismo, “Los padres podrán acordar en el convenio regulador o el Juez podrá decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de

ellos” (art. 92.4 del CC), lo que sucederá en el caso de existir desacuerdos reiterados que entorpezcan gravemente su funcionamiento (art. 156 CC).

B).- Guarda y custodia. La guarda y custodia deriva de una de las funciones que integran el ejercicio de la patria potestad y que implica tener a los hijos en su compañía, bajo el cuidado y atención de sus padres. Esa responsabilidad y obligación de garante de los menores se modifica como consecuencia de la cesación de la convivencia entre los progenitores en los supuestos de crisis familiar.

La atribución de la guarda y custodia presenta fundamentalmente dos modelos:

B.1) Guarda y custodia MONOPARENTAL (paterna o materna): Los hijos pasarán a convivir habitualmente con un progenitor, quien asumirá la guarda y custodia, conviviendo de forma menos habitual y frecuente con el otro progenitor, quien asumirá el derecho y obligación de relacionarse, comunicar y permanecer con sus hijos conforme al régimen de visitas que se establezca a favor del menor.

B.2) Guarda y custodia COMPARTIDA: es aquélla en la que ambos progenitores se encargan de forma conjunta, periódica o rotatoria del cuidado, atención y educación de los hijos. Por tanto supone la distribución de las funciones y responsabilidad parental que ambos progenitores separados asumen sobre sus hijos, rotando en el ejercicio de esas funciones y responsabilidad (cuidado y atención directa). Esa alternancia o rotación puede realizarse y llevarse a efecto de múltiples maneras, siempre procurando que se desarrolle en interés de los hijos, y así puede distribuirse el tiempo de convivencia por semanas, quincenas, meses, cursos escolares, etc.

Pese a los avances que se están llevando a cabo en distintas Comunidades Autónomas en orden a determinar que el criterio prevalente en cuanto a la guarda y custodia sea la custodia compartida de los menores, lo cierto es que tradicionalmente, en caso de desacuerdo entre los progenitores, se ha venido considerando que para los menores lo más adecuado era vivir sólo con uno de ellos, principalmente la madre en edades tempranas de los hijos. De hecho esta es la idea que a fecha de hoy subyace en nuestro Derecho Común, donde la custodia compartida si bien se contempla en el artículo 92 del CC, no constituye la regla general, salvo que exista acuerdo de ambos progenitores para establecerla.

No obstante existir un acuerdo de los progenitores en favor de la custodia compartida, se establecen legalmente una serie de cautelas en beneficio de los menores:

1.- En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia compartida el Juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, y oír a los menores que tengan suficiente juicio cuando se estime necesario, de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial, o del propio menor, valoradas las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia, y la prueba practicada en ella, y la relación que los padres mantengan entre sí y

con sus hijos para determinar su idoneidad con el régimen de guarda (art. 92.6 CC).

2.- No procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los padres esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos que convivan con ambos. Tampoco procederá cuando el Juez advierta, de las alegaciones de las partes y las pruebas practicadas, la existencia de indicios fundados de violencia doméstica o de género (art. 92.7 CC).

En el supuesto de que no exista acuerdo de los progenitores, la medida de la guarda y custodia compartida se contempla de manera mucho más excepcional:

1.- No podrá ser establecida de oficio por el juez, siendo necesario que lo solicite, al menos uno de los progenitores (art. 92.8 CC).

2.- Que se recabe el informe no vinculante del Ministerio Fiscal. La sentencia del Tribunal Constitucional 185/2012, de 17 de octubre declaró la inconstitucionalidad de la exigencia prevista en el art. 92.8 del CC de que el informe del Ministerio Fiscal fuera favorable a la custodia compartida, por ser contrario al derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y al art. 117.3 de la Constitución.

3.- Y que el juez al acordarla fundamente que sólo de esta forma (con la custodia compartida) se protege adecuadamente el interés del menor.

No obstante lo anterior, se observa una atenuación en la aplicación de los preceptos citados por parte del Tribunal Supremo, quien en su sentencia de 29 de abril de 2013 ha dicho: “... y sentar como doctrina jurisprudencial que la interpretación de los artículos 92, 5, 6 y 7 CC debe estar fundada en el interés de los menores que van a quedar afectados por la medida que se deba tomar, que se acordará cuando concurren criterios tales como la práctica anterior de los progenitores en sus relaciones con el menor y sus aptitudes personales; los deseos manifestados por los menores competentes; el número de hijos; el cumplimiento por parte de los progenitores de sus deberes en relación con los hijos y el respeto mutuo en sus relaciones personales; el resultado de los informes exigidos legalmente, y, en definitiva, cualquier otro que permita a los menores una vida adecuada, aunque en la práctica pueda ser más compleja que la que se lleva a cabo cuando los progenitores conviven. Señalando que la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”.

No procederá la guarda y custodia compartida si uno de los cónyuges está incurso en un proceso de violencia de género contra el otro cónyuge o en relación a los hijos que convivan con ambos, o el Juez aprecie la existencia de indicios de dicha violencia.

C).- Contribución para alimentos y cargas del matrimonio así como las bases para su actualización.

El Juez determinará la contribución de los progenitores para atender los conceptos que se integran en la pensión alimenticia, así como las medidas para asegurar su efectividad. En cumplimiento de lo establecido en la Disposición Adicional única de la Ley 15/2005, se ha creado por el Estado un fondo de garantía de pensiones para garantizar el pago de alimentos reconocidos e impagados a favor de las hijas e hijos menores de edad, en convenio judicialmente aprobado, o en resolución judicial.

No se define en nuestro código civil qué debe entenderse por cargas del matrimonio o cargas familiares. De una interpretación conjunta de los artículos 1318 y 1362 del Código Civil, podemos entender como cargas del matrimonio los gastos de sostenimiento de familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y de los hijos de uno de los cónyuges que convivan en el hogar familiar, así como las atenciones de previsión acomodadas a los usos y circunstancias de la familia. Los cónyuges contribuirán según tengan convenido, y falta de convenio, proporcionalmente a sus respectivos recursos económicos. Esta obligación no desaparece, pero sí se modifica como consecuencia de la crisis familiar, que determinará la necesidad de fijar una contribución periódica que se traduce normalmente en el pago de una pensión mensual en metálico.

En los supuestos en que la custodia de los hijos corresponde a uno solo de los progenitores, es usual considerar que forma parte de su contribución, total o parcial, la dedicación personal al cuidado de los hijos, como una suerte de contribución en especie.

Se establece en el artículo 93 del CC que para la fijación de la contribución de cada progenitor se deberán tener en cuenta las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

En cuanto a la pensión de alimentos de los hijos se hace referencia a una diversidad de partidas de diferente índole y naturaleza, tales como el sustento, habitación, vestido, asistencia médica y educación e instrucción de los hijos, todas las cuales corren a cargo, en principio, de quienes sean sus progenitores matrimoniales o no, encontrando su fundamento, de conformidad con lo previsto en los arts. 14 y 39 CE, en los principios de igualdad de hijos, con independencia de su filiación, y de solidaridad familiar, por lo que ni precisan demanda para que se origine el derecho a su percepción, ni la ley prevé excepciones al deber constitucional de satisfacerlos.

Cuando se habla de pensión de alimentos también se suele distinguir, por su trascendencia práctica, entre gastos ordinarios y gastos extraordinarios. Los gastos ordinarios se comprenden en la pensión alimenticia en sí, integrada por las partidas de alimentación, formación, vestido y asistencia sanitaria. En cambio los gastos extraordinarios son, como de su propio tenor literal se deduce, los que no son ordinarios, sino excepcionales, siendo, además, variables en el tiempo y en su cuantía, y en consecuencia incompatibles con el establecimiento de una cantidad alzada. Por ello no se pueden entender incluidos dentro de la pensión de alimentos que se haya fijado en las medidas definitivas. Dentro de los gastos extraordinarios debe distinguirse entre:

- a. Gastos extraordinarios necesarios: Son gastos extraordinarios cuya necesidad no

puede discutirse – una operación por ejemplo– y al no estar contemplados en la resolución judicial – bien sea contenciosa o de mutuo acuerdo–, a su pago deben contribuir ambos progenitores, normalmente al 50%;

- b. Gastos extraordinarios convenientes: Se trata de gastos cuya conveniencia nadie discute pero su realización dependerá, en buena medida, de las reales posibilidades económicas de los progenitores. Se trataría por ejemplo de un viaje al extranjero para mejora del idioma.
- c. Gastos extraordinarios prescindibles o superfluos: se pueden incluir los demás gastos extraordinarios que siendo perfectamente prescindibles, se realizarían, muy probablemente, de seguir junto el matrimonio. Ejemplo de éste último lo constituyen las clases de equitación, golf, etc.

Doctrina y Jurisprudencia se han encargado de trazar una frontera que separa los alimentos que han de ser dispensados a los menores de edad y aquellos que se prestan a los hijos que han alcanzado la mayoría de edad. Respecto a los primeros se parte de una presunción de necesidad que afecta a los progenitores en el cumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad en cuyo contexto los alimentos son prestados al hijo aunque éste sea titular de un patrimonio y more en el hogar familiar.

Tratándose de hijos mayores de edad, para que éstos puedan percibir una pensión de alimentos es necesario acreditar que los mismos se encuentran en una situación objetiva de necesidad y que dicha “necesidad” no obedece a su mala conducta o su falta de aplicación en el trabajo.

D).- Régimen de visitas, comunicación y estancia.

El progenitor no custodio es titular de un derecho-deber de comunicación con sus hijos, que el Juez, a falta de acuerdo de los padres, fijará en la sentencia (tiempo, modo y lugar). Este régimen de visitas puede ser limitado, suspendido o modalizado si por la gravedad de las circunstancias fuere aconsejable.

Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho de visitas, comunicación y estancia.

La autoridad judicial adoptará la resolución sobre el régimen de visitas, previa audiencia del hijo y del Ministerio Fiscal. La autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos de visita comunicación y estancia si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

El derecho de visitas cumple una función familiar y la ley persigue con el establecimiento del mismo en aquellos casos de crisis familiar que el progenitor saliente del entorno familiar mantenga la comunicación y esté en compañía de sus hijos de manera que la relación progenitor e hijos sea lo más enriquecedora posible. Con ello se pretende evitar que los menores sufran otros daños distintos a los ya graves, por si solos, de la falta de la presencia en

su vida cotidiana de ambos progenitores, debiendo, por tanto, potenciarse los contactos con el progenitor que no ostente la custodia.

El ejercicio del derecho de visitas exige una colaboración de ambos progenitores que ha de estar presidida por el principio de la buena fe. Cuando esa falta de colaboración y buena fe de los progenitores desaparece y el régimen de visitas fijado en la sentencia de separación o divorcio deja de cumplirse en la forma prevista en la resolución judicial nos encontraremos con multitud de enfrentamientos entre los progenitores que tendrán que resolverse utilizando la vía judicial.

Cuando se produce un incumplimiento grave y reiterado por parte de cualquiera de los progenitores del régimen de visitas establecido en la sentencia o en el convenio regulador, el recurso judicial es la interposición de una demanda ejecutiva en la que puede solicitarse que se impongan multas coercitivas e incluso el cambio en el régimen de custodia de los hijos. También cabe solicitar que se realice la entrega del/los menor/es en un Punto de Encuentro Familiar, como lugar que facilite la relación entre el menor y el otro progenitor. De este modo, el Juez tendría constancia de si el régimen de visitas se está desarrollando correctamente o no. El **Punto de Encuentro Familiar** es un espacio neutral donde se facilita el encuentro del menor con el progenitor no custodio y con otros miembros de la familia biológica, con el fin de cumplir el régimen de visitas, en aquellos casos en que las relaciones son conflictivas, garantizando el derecho de los niños a relacionarse con ambos padres, así como su seguridad.

El párrafo sexto del artículo 94 también se preocupa de favorecer el mantenimiento de los vínculos afectivos entre los abuelos y nietos: Igualmente podrá determinar, previa audiencia de los padres y de los abuelos, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de los nietos con los abuelos, conforme al artículo 160 de este código, podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados.

E).- Uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario de la misma.

El legislador entiende que para la determinación del uso del domicilio familiar establecido en el artículo 96 del CC, se debe acudir a una serie de criterios abiertos como la existencia o no de hijos, ya sean mayores o menores de edad, el interés más necesitado de protección, la ocupación real de la vivienda en el momento de determinarse su uso, la existencia de malos tratos, el desequilibrio causado por la separación o el divorcio, la convivencia con personas dependientes, el ejercicio de alguna profesión en el mismo, etc. En todo caso resulta irrelevante, a los efectos de la atribución del referido uso, el carácter común o privativo del citado inmueble así como el régimen económico matrimonial que regule las relaciones patrimoniales entre las partes.

Esta adjudicación del derecho de uso del domicilio familiar, debe contener una supuesta limitación temporal, pues no olvidemos que este derecho nace como un efecto de la separación o divorcio, siendo un derecho de uso exclusivo y excluyente respecto del otro cónyuge.

Los criterios legales para la atribución de uso de la vivienda y ajuar son los siguientes:

1.- Existencia de hijos menores de edad: En dicho supuesto establece el artículo 96.1 del CC, que el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden. Los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación.

2.- Cuando algunos de los hijos quedan en compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente, teniendo en cuenta todos los intereses implicados en el caso. Lo mismo ocurre en los supuestos en que se determine la custodia compartida.

3.- No habiendo hijos, podrá acordarse de que el uso de tales bienes, por tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable, y su interés fuera el más necesitado de protección (art. 96.2 CC). La atribución del uso de la vivienda al cónyuge no titular es temporal y excepcional.

4.- Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial (art. 96.3 CC).

F) La pensión que conforme al artículo 97 corresponde satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

En el caso de que la separación o el divorcio produzcan con respecto al matrimonio un desequilibrio económico a uno de los cónyuges, podrá condenarse al otro a abonar una pensión, si se dan las circunstancias del artículo 97 del CC y especialmente si el que sufre el desequilibrio se ha dedicado a la atención del hogar familiar y al cuidado de los hijos en beneficio del otro cónyuge que, de este modo, ha podido promocionar su vida laboral. La STS 864/2010, de Pleno, de 19 enero, declara que la pensión compensatoria «pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá que tenerse en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro cónyuge; el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación».

Esta pensión compensatoria puede pactarse en convenio regulador o ser establecida por el juez en la sentencia (art. 97.1 CC), pero para ello es preciso que sea solicitada por un cónyuge, pues tiene carácter dispositivo (SSTS 2 diciembre 1987, 21 diciembre 1998); por eso no puede decretarla el juez de oficio, y no se menciona en los artículos 91 y 103 CC. En consecuencia, la pensión judicialmente fijada no podrá reducirse o eliminarse si no lo pide así el cónyuge deudor. Además, debe reclamarse en el proceso matrimonial, de modo que no cabe solicitar la pensión una vez que ha sido dictada sentencia firme.

La novedad más destacable tras la reforma operada por la Ley 15/2005 es la

consolidación normativa de la posibilidad de establecer la temporalidad de la pensión compensatoria, que antes se había contemplado en la Jurisprudencia del TS.

El Tribunal Supremo (STS 22 de junio de 2011) ha analizado en diversas ocasiones el fundamento, características y presupuestos de esta pensión, llegando a las siguientes conclusiones:

1ª) La pensión compensatoria constituye una prestación singular, con características propias, notoriamente alejada de la prestación alimenticia -en cuanto que, a diferencia de esta, no atiende al concepto de necesidad, razón por la cual ambas resultan compatibles-, pero también de la puramente indemnizatoria o compensatoria -entre otras razones, porque el artículo 97 CC no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación-. Esta pensión responde a un presupuesto básico consistente en la constatación de un efectivo desequilibrio económico, producido en uno de los cónyuges con motivo de la separación o el divorcio, siendo su finalidad restablecer el equilibrio y no ser una garantía vitalicia de sostenimiento.

2ª) Dicho desequilibrio supone un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio, que debe resultar de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno antes y después de la ruptura. No hay que probar, por tanto, la existencia de necesidad, pero sí que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que se disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge.

3ª) Resulta razonable considerar que el desequilibrio que debe compensarse debe tener su origen en la pérdida de derechos económicos o legítimas expectativas por parte del cónyuge más desfavorecido por la ruptura, a consecuencia de su mayor dedicación al cuidado de la familia.

4ª) El órgano judicial deberá tomar en cuenta para la fijación, cuantificación y determinación del tiempo de percepción de la pensión compensatoria, factores numerosos, entre otros y como destacados los que enumera el artículo 97 del CC:

- 1.- Acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges;
- 2.- La edad y el estado de salud;
- 3.- La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo;
- 4.- La dedicación pasada y futura a la familia;
- 5.- La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge;
- 6.- La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal;
- 7.- La pérdida eventual de un derecho de pensión;
- 8.- El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge
- 9.- Cualquier otra circunstancia relevante.

En las SSTs de 24 de noviembre de 2011 y de 16 de noviembre de 2012 se ha consagrado que las circunstancias mencionadas en el art. 97.2 CC tienen una doble función: a)

Actúan como elementos integrantes del desequilibrio, en tanto en cuanto sea posible según la naturaleza de cada una de las circunstancias. b) Una vez determinada la concurrencia del mismo, actuarán como elementos que permitirán fijar la cuantía de la pensión. A la vista de ello, el juez debe estar en disposición de decidir sobre tres cuestiones: 1ª.- Si se ha producido desequilibrio generador de pensión compensatoria. 2ª.- Cuál es la cuantía de la pensión una vez determinada su existencia. 3ª.- Si la pensión debe ser definitiva o temporal.

También es importante tener en cuenta que el establecimiento de una pensión compensatoria puede condicionar, en su caso, la posibilidad de percibir una pensión de viudedad, pues el artículo 174.II de la Ley General de la Seguridad Social supedita la concesión de la pensión de viudedad al requisito de que el cónyuge separado o divorciado sea acreedor de una pensión compensatoria que se extinga como consecuencia de la muerte del causante. Además, la cuantía de la pensión de viudedad en ningún caso podrá ser superior a la cuantía de la pensión compensatoria.

Según se desprende de la actual redacción del artículo 97.1 CC, la pensión compensatoria puede consistir bien en el pago de una prestación única, bien en el pago de una pensión periódica, la cual a su vez puede ser temporal o vitalicia. Para decidir el carácter temporal o vitalicio de la pensión compensatoria el Tribunal Supremo ha exigido que conste una situación de idoneidad o aptitud para superar el desequilibrio económico que haga desaconsejable la prolongación de la pensión. Se trata de poder apreciar que el acreedor de la pensión se desenvuelva autónomamente, requiriéndose, a un tiempo, que sea posible la previsión ex ante de las condiciones o circunstancias que delimitan la temporalidad. Así, p. ej., la sentencia del TS de 10 de Enero de 2011 consideró atribuir la pensión compensatoria con carácter vitalicio a una mujer teniendo en cuenta la duración del matrimonio, su edad (57 años), y su estado de salud (sufría síndromes depresivos). En definitiva de lo que se trata es de valorar la aptitud del perceptor de la pensión para superar el desequilibrio económico en un tiempo concreto y alcanzar la convicción de que no es preciso prolongar más allá su percepción por la certeza de que será factible la superación del desequilibrio.

Una vez fijada la pensión compensatoria en la sentencia, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge (art. 100 CC).

Son causas de extinción de la pensión compensatoria las contempladas en el art.101 del CC:

- a) Cese de la causa que la motivó, esto es la situación de desequilibrio.
- b) Por contraer el acreedor nuevo matrimonio.
- c) Por vivir el acreedor maritalmente con otra persona.

G).- Disolución del régimen económico matrimonial

Las medidas definitivas se refieren también al régimen económico matrimonial de los cónyuges, esto es al ámbito de sus relaciones patrimoniales. Dispone el art. 95 del CC que la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial.

Cuando entre los cónyuges ha estado vigente un régimen de comunidad (como el de gananciales) será necesario proceder a su liquidación, y para ello los cónyuges pueden llegar a un acuerdo de liquidación incluyéndolo en el convenio regulador, o bien se tramitará el procedimiento específico previsto legalmente a estos efectos de liquidación judicial de patrimonios (arts. 806 y sigs. de la LEC), distinto al procedimiento matrimonial.

Si la sentencia de nulidad declara la mala fe de uno sólo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación, y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

A diferencia de lo que ocurre con las sentencias de nulidad y de divorcio, en los supuestos de separación, dado que el matrimonio subsiste, seguirá siendo necesario ordenar las relaciones patrimoniales entre los cónyuges separados judicialmente, pasando entonces a regir dicha situación el régimen de separación de bienes tal y como establecen los artículos 1.392.3, 1415 y 1435.3º del CC.

E. La modificación de las medidas definitivas

En el procedimiento que resuelve la crisis de la pareja se concretarán las medidas de carácter personal y/o patrimonial que van a regular la nueva situación, medidas que habrán sido adoptadas por el juez en un procedimiento contencioso, tras los oportunos trámites procedimentales, o bien por los propios litigantes a través del correspondiente convenio regulador aprobado judicialmente o notarialmente.

Dada la especial naturaleza evolutiva de las relaciones familiares, con bastante frecuencia se precisa dar respuesta a nuevas situaciones surgidas tras la finalización de aquel primer procedimiento. En ocasiones tales circunstancias encuentran previsión en las medidas acordadas en el convenio suscrito por las partes o en la sentencia que puso fin al procedimiento, pero en muchos otros casos, no se establecen previsiones de futuro. Así, suele ocurrir que con el paso del tiempo, determinadas medidas adoptadas, que lo fueron teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes en aquel momento, no den respuesta satisfactoria a la nueva situación surgida por el cambio sobrevenido de tales circunstancias, debiendo en consecuencia ser revisadas para adaptarlas a la nueva situación existente en la actualidad, lo que se llevará a cabo a través del correspondiente procedimiento de modificación de medidas.

Dicho procedimiento viene regulado en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que distingue si la modificación se solicita por uno de los integrantes de la pareja, remitiendo en tal caso al procedimiento regulado en el artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (procedimiento contencioso), o si se solicita por ambos de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro, tramitándose en este caso por los cauces previstos en el artículo 777 de la Ley Procesal (procedimiento de mutuo acuerdo).

La acción para solicitar la modificación de medidas encuentra su fundamento en los artículos 90, 91 y 100 del Código Civil y 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Así, los artículos 90 y 91 del Código Civil contemplan la posibilidad de modificar las medidas adoptadas en convenio regulador (artículo 90) o en procedimiento contencioso (artículo 91), si se alteran sustancialmente las circunstancias, en tanto que el artículo 100 prevé dicha posibilidad pero limitada a la pensión compensatoria. Aún cuando el artículo 91 del Código Civil alude a la posibilidad de modificar las medidas en fase de ejecución de sentencia dictada en causa de separación, nulidad o divorcio, debe entenderse que tal posibilidad choca con la disposición contenida en el artículo 551 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, según el cual el juez despachará ejecución siempre que, entre otros aspectos, los actos de ejecución que se soliciten sean conformes al contenido y naturaleza del título, de ahí que si la modificación que se pretende no encuentra previsión en la sentencia cuya ejecución se pretende (o en el convenio regulador aprobado judicialmente), la modificación deberá instarse necesariamente a través del procedimiento previsto en el artículo 775 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

F. La negociación previa (MASC) como requisito de procedibilidad en los procesos judiciales contenciosos

En el contexto de las crisis familiares —que abarcan los procedimientos de nulidad, separación, divorcio y también las medidas relativas a hijos nacidos fuera del matrimonio—, la Ley Orgánica 1/2025, de 2 de enero, de medidas en materia de eficiencia del Servicio Público de Justicia, ha establecido la obligatoriedad de acudir a un Medio Adecuado de Solución de Conflictos (MASC) como requisito previo a la interposición de una demanda contenciosa, salvo en los supuestos expresamente exceptuados por la ley.

Esta exigencia legal tiene como finalidad fomentar vías de solución pacífica y colaborativa entre las partes, reduciendo así la conflictividad judicial y promoviendo acuerdos que beneficien a todas las personas involucradas, especialmente a los hijos e hijas menores de edad. Además, este requisito también se aplica a las demandas que soliciten medidas provisionales previas, conforme al artículo 771 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Los medios aceptados para cumplir con este requisito incluyen principalmente las siguientes opciones: 1) Oferta vinculante confidencial, aunque de aplicación limitada en el ámbito familiar, se admite por disposición legal; 2) Conciliación privada ante profesionales colegiados (abogados, procuradores, graduados sociales, economistas, notarios o registradores); 3) Conciliación ante el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ); 4) Derecho colaborativo y negociación directa entre las partes o sus representantes legales; 5) Mediación familiar llevada a cabo por profesionales

debidamente inscritos en los registros oficiales correspondientes; 6) Opinión experta, en determinados supuestos.

En los casos de divorcio o separación de mutuo acuerdo, no se requiere este paso previo dado que se entiende cumplido el requisito con la presentación del convenio regulador, que actúa como prueba suficiente de la actividad negociadora previa.

En situaciones donde resulte imposible llevar a cabo esta actividad negociadora —por ejemplo, por desconocimiento del domicilio del demandado—, es necesario presentar una declaración responsable, detallando los intentos realizados o la imposibilidad absoluta, advirtiendo que falsear esta declaración puede tener consecuencias legales. Es imprescindible no solo demostrar que se ha iniciado el proceso MASC, sino también que este llegó efectivamente al destinatario, o que la falta de recepción se debió a causas atribuibles a él.

La falta de acreditación documental de haber cumplido con el MASC es subsanable dentro del procedimiento. No obstante, la inexistencia total de la actividad negociadora previa es un defecto insubsanable que puede acarrear la inadmisión de la demanda contenciosa.

Bibliografía

CALAZA LÓPEZ, M^a SONIA, *Los procesos matrimoniales. Nulidad, separación y divorcio*; Dykinson, 2009.

De Verda y Beamonte José Ramon: *GPS Familia*, 2024, Tirant lo Blanch.

De Verda y Beamonte, José Ramón; Chaparro Matamoros, Pedro; Muñoz Rodrigo, Gonzalo (Dirs.): *Crisis familiares: tratado práctico interdisciplinar*, 2022, Tirant lo Blanch

ILLÁN FERNÁNDEZ, *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad*, Aranzadi, 2006.

LINACERO DE LA FUENTE, MARÍA: *Tratado de Derecho de Familia: Aspectos sustantivos, Procedimientos; Jurisprudencia; formularios*. 2021, TIRANT LO BLANCH.

PÉREZ MARTÍN, ANTONIO J., *Tratado de Derecho de Familia I Vol 1 y 2. Procedimiento Contencioso. Separación, divorcio y nulidad*, Lex Nova, 2011.

TORRES MATEOS, MIGUEL ÁNGEL, *Efectos Comunes a la Nulidad, Separación y Divorcio*, Aranzadi, 2007.