

## B) Clases de separación judicial: de común acuerdo o a petición de uno

Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1.º 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.

2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos 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 libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Asimismo dispone el art. 82 que:

1.º. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, 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. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.

Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Secretario judicial o Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

2.º. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

Por tanto desaparece de nuestro sistema la separación causal; es decir, la separación basada en una de las causas que enumeraba el antiguo art. 82 C.C.. En la regulación anterior, las causas de separación tienen carácter taxativo o cerrado, de manera que no hay más causas que las enumeradas en el art. 82 C.C; pero tanto la doctrina jurisprudencial como las sentencias de las Audiencias Provinciales consideran causa de separación la probada pérdida de la *affectio maritalis*, la desaparición de la *affectio maritalis* en sus más variadas formas, lo cual permitía que se dictara sentencia de separación aunque no se consiguiera probar suficientemente la causa de separación invocada por el demandante (por todas, SSTS 24 de febrero de 1987; 24 de enero de

1989). Ahora tales causas desaparecen basta la petición de ambos cónyuges una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio.

Los supuestos enumerados en el apartado segundo del art. 81 C.C. no son realmente causas de separación sino de excepción del transcurso del plazo de tres meses.

### **3. Acción de separación**

La acción de separación es una acción de ejercicio personalísimo de manera que sólo puede ejercitarla alguno o ambos cónyuges y se extingue si fallecen sin ejercerla, pero no si fallecen una vez ejercitada. Así, tras la reforma introducida por la Ley 15/2015, de 2 de julio, el art. 834 C.C. establece que el cónyuge que al morir su cónyuge no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

La reconciliación notificada reintegra al cónyuge sus derechos. De este modo, dice el art. 835 C.C. que «si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos».

### **4. Efectos de la separación. La reconciliación**

La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica. Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82. Se remitirá testimonio de la sentencia o decreto, o copia de la escritura pública al Registro Civil para su inscripción, sin que, hasta que esta tenga lugar, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe.

En realidad, lo que cesa es la propia potestad doméstica pues la suspensión de la vida en común es el cese de la convivencia conyugal a que se refieren y presumen los arts. 68 y 69 respectivamente C.C.; y de ahí derivan otras consecuencias ligadas a tal ruptura como la modalización de los demás deberes conyugales y especialmente el de fidelidad o el cese de la presunción de paternidad del art. 116 C.C. o las consecuencias sucesorias a que se refieren los arts. 834 y 835 C.C. (legítima del cónyuge viudo y reconciliación, respectivamente) y 945 C.C. (sucesión intestada).

La separación no disuelve el vínculo matrimonial. Los cónyuges siguen unidos por matrimonio y no pueden contraer nuevo vínculo si no se disuelve previamente su matrimonio por divorcio, muerte o declaración de fallecimiento (art. 85 C.C.). Por ello, los cónyuges pueden poner fin a la separación matrimonial y reanudar la vida conyugal, sin necesidad de contraer nuevo matrimonio, mediante la reconciliación. La reconciliación significa el acto voluntario de los cónyuges por el que ponen fin a una situación de cese de la convivencia con la finalidad de reanudar la vida en común.

Así, el art. 84 C.C., tras la redacción dada a su párrafo primero por Ley 15/2015, de 2 de julio, establece que «la reconciliación pone término al procedimiento de separa-

ción 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. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique. 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.

Así, cesan los efectos legales derivados del art. 102 C.C., salvo la revocación de consentimientos y poderes que tiene carácter definitivo y las medidas provisionales adoptadas en virtud del art. 103 C.C. Y, en virtud del art. 1.443 C.C., la separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal.

Si la separación estaba inscrita en algún Registro Público, la reconciliación se deberá inscribir para que produzca efectos frente a terceros.

Finalmente, el citado art. 835 C.C. establece que si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos

## LA DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

### 1. Concepto y causas

La disolución es un tipo de ineficacia típica de la relación matrimonial, de manera que se pone fin a la misma por una causa sobrevenida a su constitución. A diferencia de la nulidad, en la que el defecto se verifica en el momento constitutivo del matrimonio, es decir, en el acto matrimonial, la disolución tiene como presupuesto la existencia de un matrimonio válido y eficaz y, por tanto, también a diferencia de la nulidad, los efectos de la disolución se producen *ex nunc*, sin carácter retroactivo.

Por otro lado, la disolución, a diferencia de la separación, supone la extinción del vínculo matrimonial: tras la disolución deja de haber matrimonio.

Actualmente, a la disolución del matrimonio se refieren los artículos 85 y sigs., los cuales regulan básicamente la disolución matrimonio en vida de los cónyuges, es decir el divorcio.

El art. 85 C.C. señala las causas de disolución del matrimonio. Así, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, el matrimonio se disuelve por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio. Se trata de causas típicas, derivadas del art. 32-2 C.E., a las que se debe unir las decisiones pontificias *super rato* a que se refiere el art. 80 C.C.

#### A) La muerte

Entre las consecuencias jurídicas derivadas de la muerte de la persona, se halla la disolución del vínculo matrimonial y, por tanto, el cese de las obligaciones y derechos del matrimonio, obviamente para el fallecido pero también para el supérstite. Cabe recordar que si la muerte es provocada por un tercero puede surgir, entre éste

y el cónyuge supérstite el impedimento de crimen a que se refiere el art. 47-3.º C.C. Asimismo, nacen para el supérstite derechos sucesorios: como legitimario (arts. 834 C.C. y sigs.) y, en su caso, como heredero *ab intestato* (arts. 913 y sigs. C.C.).

### *B) La declaración de fallecimiento*

A la muerte se equipara la declaración de fallecimiento, la cual se regula en los arts. 193 a 198 C.C. Esta declaración produce, como uno de sus efectos, la disolución del matrimonio, desde que la auto sea firme, aunque posteriormente aparezca el declarado fallecido.

La dicción literal del precepto hace equivalente a la declaración de fallecimiento con la muerte, respecto de la disolución del matrimonio.

### *C) El divorcio*

## **2. El divorcio**

### *A) Concepto y régimen jurídico*

Es la causa de disolución del matrimonio que, a diferencia de las anteriores, se produce en vida de los cónyuges y mediante sentencia basada en alguna de las causas legalmente previstas. Así, el art. 89 C.C. dispone que la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil.

La regulación del divorcio ha sido objeto de una profunda reforma llevada a cabo por la citada Ley 15/2005, de 8 de julio. Efectivamente, en la regulación anterior el divorcio se concebía como último recurso al que se accedía tras un largo período de separación o tras la prueba de una causa que manifestaba la quiebra absoluta de la relación matrimonial. De este modo, se exigía la demostración del cese efectivo de la convivencia conyugal, o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales. En cualquier caso, el matrimonio no podía disolverse en vida de los cónyuges por el mero acuerdo de ambos.

La reforma introducida por la Ley 15/2005, de 8 de julio, prima la libertad de los cónyuges, la cual es un valor superior de nuestro ordenamiento jurídico. De este modo, la actual regulación persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en el ámbito de la disolución del matrimonio en vida de ambos, de manera que el derecho a contraer matrimonio se cohoneste con el también derecho a disolver el mismo, manifestándose ambas determinaciones como ejercicio del derecho de libertad y del libre desarrollo de la personalidad que garantiza el art. 10 C.E.

De este modo, el ejercicio del derecho a no seguir vinculado matrimonialmente no puede hacerse depender, como dice la propia E. de M. de la Ley 15/2005, de 8 de julio, de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación. Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin

que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales. De esta manera, la intervención judicial se reserva para el caso en que el pacto no haya sido posible o cuando el contenido de las propuestas sea lesivo para los intereses de los hijos menores o incapacitados, o uno de los cónyuges, y las partes no hayan atendido a sus requerimientos de modificación. Asimismo, las partes pueden pedir en cualquier momento al Juez la suspensión de las actuaciones judiciales para acudir a la mediación familiar y tratar de alcanzar una solución consensuada en los temas objeto de litigio.

En coherencia con lo anterior, desaparecen las causas de divorcio, de manera que para la interposición de la demanda, en este caso, sólo se requiere que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio, salvo que el interés de los hijos o del cónyuge demandante justifique la suspensión o disolución de la convivencia con antelación, y que en ella se haga solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

Así, en virtud del art. 86 C.C. Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81.

De este modo, con la demanda se debe acompañar solicitud y propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación. Así, se pretende que el demandado no sólo conteste a las medidas solicitadas por el demandante, sino que también tenga la oportunidad de proponer las que considere más convenientes, y que, en definitiva, el Juez pueda propiciar que los cónyuges lleguen a un acuerdo respecto de todas o el mayor número de ellas.

### *B) El divorcio (o separación) de mutuo acuerdo*

La ley prevé que ambos cónyuges soliciten conjuntamente el divorcio o la separación.

En ambos casos, los requisitos que deben concurrir, así como los trámites procesales que deberán seguirse, son prácticamente coincidentes con los vigentes hasta ahora, pues sólo se ha procedido a reducir a tres meses el tiempo que prudentemente debe mediar entre la celebración del matrimonio y la solicitud de divorcio. Por lo demás, las partes, necesariamente, deben acompañar a su solicitud una propuesta de convenio regulador redactada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código Civil.

No obstante los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio.

### *C) La reconciliación*

El eje del sistema introducido por la ley de 1981 lo constituyó la quiebra o cese efectivo de la convivencia conyugal. Pero el art. 87 C.C. introdujo un punto de in-

flexión al hacer compatible el cese efectivo de la convivencia conyugal con la propia convivencia en el mismo domicilio. Así decía que el cese efectivo de la convivencia conyugal era compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedeciera en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente.

La reforma de 2005 dejó sin contenido el citado art. 87 y tras la operada mediante Ley 15/2015 en él se regula el divorcio ante Notario o Secretario Judicial, manteniendo silencio sobre la reconciliación, pero ello no puede significar que los cónyuges no puedan intentarla, ni mantener la convivencia para procurar, precisamente, dicha reconciliación. Debe tomarse en consideración que en la nueva regulación del divorcio y de la separación, ni ésta ni aquél se basan ya en la quiebra de la convivencia ni en su cese efectivo, sino en la voluntad de los cónyuges.

Así como puede haber separación o divorcio sin interrupción material o corporal de la convivencia, así también, por otro lado, la interrupción de la convivencia no significa siempre y necesariamente el cese de la misma. Tal ocurre en los supuestos en que la interrupción material de la convivencia obedece, como decía el párrafo segundo del derogado art. 87 C.C., a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga.

#### D) *La acción de divorcio*

La acción para solicitar el divorcio es una acción de estado, personalísima, irrenunciable antes de su ejercicio e imprescriptible. En virtud del art. 88 C.C., la acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges, que supone también la disolución del matrimonio, y por su reconciliación. A la muerte se debe equiparar aquí la declaración de fallecimiento, la cual también es causa de disolución del matrimonio, como señala el art. 85 C.C.

La reconciliación, dice el art. 88 C.C., debe ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda; lo que significa que si se produce antes de su interposición puede ser también tácita. Pero si es posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio.

#### E) *La sentencia de divorcio*

La sentencia o el decreto de divorcio, o la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87, es constitutiva de un nuevo estado civil, el de divorciado, y produce efectos desde que adquiera firmeza o desde el otorgamiento de la escritura pública, (art. 89 C.C.). Tales efectos, que no tienen carácter retroactivo, sino que se producen *ex nunc*, son básicamente los siguientes:

1. La disolución del matrimonio y, por tanto, la extinción de los deberes matrimoniales.
2. La posibilidad de contraer nuevo matrimonio, incluso con la misma persona de la que se ha divorciado.



3. La sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto (art. 95.1 C.C.).

4. La nueva situación instaurada respecto de los hijos (régimen de visitas, alimentos, etc.).

Finalmente, el citado art. 89 C.C. dispone que la disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia o decreto que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza o por la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública desde ese momento. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil.

## II. LOS DERECHOS Y OBLIGACIONES Y SU INCUMPLIMIENTO

### 1. Derechos y obligaciones derivados de la separación, nulidad y divorcio

La separación, nulidad y divorcio producen unos efectos comunes que se configuran como un conjunto de derechos y obligaciones de los sujetos y que ordenarán su nueva situación jurídica. Tales efectos se manifiestan desde la presentación de la demanda de separación, nulidad o divorcio e incluso, en el supuesto del art. 104 C.C., se pueden solicitar y acordar antes de la demanda. El Código civil los regula en los artículos 90 y sigs. En dicha regulación se puede distinguir:

1. Efectos producidos por ministerio de la ley, a que se refiere el art. 102 C.C., y
2. Efectos o medidas judiciales y convencionales, a que se refieren los arts. 103 y 104 C.C.

Asimismo, por el momento en que se producen o se adoptan las citadas medidas se puede distinguir entre

- A) Efectos o medidas provisionalísimas, si se producen antes de presentar la demanda.
- B) Efectos o medidas provisionales o previas, si se verifican con la demanda, y
- C) Efectos o medidas definitivas, que son las determinadas en sentencia.

### 2. Medidas provisionalísimas

Así, el art. 104 C.C. dispone que «el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores. Estos efectos y medidas sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a contar de que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o tribunal competente.»

### 3. Medidas provisionales

Tales artículos anteriores, es decir, los arts. 102 y 103 regulan las medidas provisionales derivadas de la admisión de demanda de nulidad, separación y divorcio. Así, el art. 102 C.C. dispone los efectos producidos por ministerio de ley:

1.º Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2.º Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil.

Asimismo, admitida la demanda de producen determinados efectos *ex officio judicis* a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente.

Tales efectos son, en virtud del art. 103, tras la redacción dada por la Ley Orgánica 2/2002, de 10 de diciembre, sobre sustracción de menores, por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos, y por la Ley 15/2005, de 8 de julio que modifica el párrafo primero de la medida 1.ª del artículo 103 del Código Civil, los siguientes:

1.ª Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código y, en particular, la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares que ejercerán bajo la autoridad del juez.

Cuando exista riesgo de sustracción del menor por alguno de los cónyuges o por terceras personas podrán adoptarse las medidas necesarias y, en particular las siguientes:

- a) Prohibición de salida del territorio nacional, salvo autorización judicial previa.
- b) Prohibición de expedición de pasaporte al menor o retirada del mismo si ya se hubiere expedido.
- c) Sometimiento a autorización judicial previa de cualquier cambio de domicilio del menor.

2.ª Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continuarán en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.



3.<sup>a</sup> Fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas, si procede, las *litis* expensas, establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro.

Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad.

4.<sup>a</sup> Señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo.

5.<sup>a</sup> Determinar, en su caso, el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio.

Los efectos y medidas señalados tiene carácter provisional y se extinguen, en todo caso, en virtud del art. 106 C.C. cuando sean sustituidos por los de la sentencia estimatoria o se ponga fin al procedimiento de otro modo. La revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva.

#### **4. El convenio regulador**

Cuando la demanda de separación o de divorcio se presenta de común acuerdo o por un cónyuge con el consentimiento del otro, los arts. 81 y 86 C.C. exigen que con la demanda se presente propuesta de convenio regulador. A dicho convenio y a su contenido se refiere el art. 90 C.C., parcialmente modificado por la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos. En virtud del citado art. 90 C.C., el convenio regulador debe referirse, al menos, a los siguientes extremos: los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico.

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 Secretario judicial 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 de convenio regulador. Desde la aprobación del convenio regulador o el

otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio (art. 90.2 CC).

Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código (art. 90.3 CC).

### *A) Respetto de los hijos*

La determinación de la persona a cuyo cuidado hayan de quedar los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva con ellos. A este respecto el primer párrafo del artículo 90 y su apartado a) establece que «El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: 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.

Asimismo, el art. 92 C.C. determina:

1. La separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos.

2. El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos.

3. En la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

4. 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 unos de los cónyuges.

5. Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. El Juez, al acordar la guarda conjunta y tras fundamentar su resolución, adoptará las cautelas procedentes para el eficaz cumplimiento del régimen de guarda establecido, procurando no separar a los hermanos.

6. En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, 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, valorar 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.

7. 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.

8. Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe favorable (este último extremo declarado inconstitucional en (STC de 17 de octubre de 2012) del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor.

9. El Juez, antes de adoptar alguna de las decisiones a que se refieren los apartados anteriores, de oficio o a instancia de parte, podrá recabar dictamen de especialistas debidamente cualificados, relativo a la idoneidad del modo de ejercicio de la patria potestad y del régimen de custodia de los menores.

Y en virtud del art. 94 C.C., el progenitor que no tenga consigo a los hijos menores o incapacitados gozará del derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. El Juez determinará el tiempo, modo y lugar del ejercicio de este derecho, que podrá limitar o suspender si se dieran graves circunstancias que así lo aconsejen o se incumplieren grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

Finalmente, la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, de modificación del Código civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de relaciones familiares de los nietos con los abuelos ha establecido que si se considera necesario, se determinará el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta siempre el interés de aquéllos. La citada Ley 42/2003 modifica el art. 94 C.C., al cual introduce un párrafo segundo del siguiente tenor: «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 el artículo 160 de este Código, teniendo siempre presente el interés del menor».

### *B) Respecto de la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar*

En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden, según dice el art. 96 C.C., a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el 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.

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.

*C) En relación con la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías, en su caso*

Dice el art. 93 C.C. que el Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código.

*D) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio*

En virtud de lo dispuesto en el art. 95 la sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto.

Si la sentencia de nulidad declarara la mala fe de uno solo 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.

*E) La pensión que, conforme al artículo 97, correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges*

En virtud de lo dispuesto en el citado artículo, el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el Juez, en sentencia, determinará su importe teniendo en cuenta las siguientes circunstancias:

- 1.<sup>a</sup> Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2.<sup>a</sup> La edad y el estado de salud.
- 3.<sup>a</sup> La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a un empleo.
- 4.<sup>a</sup> La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5.<sup>a</sup> La colaboración con su trabajo en las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge.
- 6.<sup>a</sup> La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7.<sup>a</sup> La pérdida eventual de un derecho de pensión.

8.<sup>a</sup> El caudal y los medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

9.<sup>a</sup> Cualquier otra circunstancia relevante.

En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad.

En cualquier caso, dice el art. 99 CC podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado conforme al artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero. Pero fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen. La pensión y las bases de actualización fijadas en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o Notario podrán modificarse mediante nuevo convenio, sujeto a los mismos requisitos exigidos en el CC.

Finalmente, el art. 101 C.C. señala las causas de extinción de la pensión compensatoria:

1. El cese de la causa que lo motivó.
2. Contraer el acreedor nuevo matrimonio
3. Vivir maritalmente con otra persona.

El derecho a la pensión no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del Juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.

Aunque la pensión sólo está prevista para los supuestos de separación o de divorcio, el art. 98 C.C. dispone que el cónyuge de buena fe cuyo matrimonio haya sido declarado nulo tendrá derecho a una indemnización si ha existido convivencia conyugal, atendidas las circunstancias previstas en el artículo 97.

## 5. Modificación de las medidas

En virtud del art. 91 C.C., en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya 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. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

## III. LA SEPARACIÓN DE HECHO

La separación de hecho supone la suspensión o cese de la convivencia al margen de los trámites y formalidades legalmente previstos. Esta situación puede obedecer

a un previo acuerdo de los cónyuges que deciden poner fin a su convivencia (se trata de la separación convencional); pero también puede ser el resultado de la imposición unilateral de uno de los cónyuges, consentida o no por el otro (separación unilateral), pero en cualquier caso, con contravención del deber de convivencia, salvo en el supuesto del art. 105 C.C.: No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores.

A pesar de tratarse de una situación de hecho, es decir, producida la margen del ordenamiento jurídico, éste reconoce tal situación y la provee de determinados efectos que la acercan a la separación judicial o legal.

Así, de entrada, se debe señalar que actualmente la separación de hecho no sufre tacha de ilicitud ni de inmoralidad, sino que tiende a producir efectos jurídicos en orden a la adecuación de la relación matrimonial a la realidad de la misma, así como, en su caso, en orden a la relación con los hijos.

En cualquier caso, en los supuestos de separación de hecho se deben distinguir dos tipos de efectos:

1. Los derivados de los acuerdos o pactos adoptados por los cónyuges, dentro de los límites legalmente permitidos.
2. Los derivados de la ley.

Aunque durante algún tiempo no se admitían los pactos o acuerdos de los cónyuges en orden a regular su situación de separación de hecho pues eran tachados de nulos, ilícitos e incluso inmorales, en la actualidad dichos pactos han sido admitidos por la doctrina jurisprudencial, si bien con los determinados límites respecto de materias indisponibles por la voluntad de los sujetos. Así, por ejemplo y sin carácter exhaustivo, los cónyuges pueden alcanzar acuerdos respecto de las siguientes materias:

1. Cesar o suspender su convivencia.
2. Otorgar capitulaciones matrimoniales y liquidar el régimen económico matrimonial que regía su matrimonio, así como determinar la contribución de cada uno de ellos al levantamiento de las cargas familiares.
3. Pactar alimentos entre ellos, así como para los hijos menores.
4. Establecer una pensión en los términos que determina el art. 97 C.C.
5. La guarda y custodia de los hijos menores, así como el régimen de visitas del cónyuge que no conviva con los hijos menores.

De la ley derivan los siguientes efectos de la separación de hecho:

1. Es causa de disolución de la sociedad de gananciales ex art. 1.393-3 C.C., así como de determinados efectos patrimoniales (por ejemplo, art. 1.442 C.C.).
2. Impide el juego de determinadas presunciones basadas en la convivencia, como la presunción de paternidad ex arts. 116 y 118 C.C.
3. Puede ser presupuesto de la emancipación por concesión judicial.



4. Puede suponer para los cónyuges la pérdida recíproca de posibles derechos sucesorios, tanto como legitimarios (art. 834 y 855 C.C.) como *ab intestato* (art. 945 C.C.).

Respecto de la reconciliación, si los cónyuges están separados de hecho, la reconciliación supone el fin de dicha situación y de los efectos que le son propios, salvo los derivados de acuerdo o pacto de los cónyuges, pues en este caso deberán volver a pactar en contrario, como por ejemplo, si hubieran otorgado capitulaciones modificativas del régimen económico (art. 1.443 C.C.).

## IV. CONFLICTO DE LEYES Y DE JURISDICCIONES EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO

El art. 9-2 C.C., redactado por Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del Código civil, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, disponía en su párrafo segundo que la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.

La Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, de medidas concretas en materia de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros, modifica el párrafo segundo del art. 9-2 C.C., limitándose a introducir, junto a la separación y el divorcio, la nulidad. De manera que ahora la nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107.

Asimismo, la citada Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre modifica el art. 107 C.C. y la rúbrica que le antecede, es decir, la del Capítulo XI del Título IV del Libro I, que ahora se intitula «Ley aplicable a la nulidad, la separación y el divorcio».

Finalmente el art. 107 CC dispone que **ea nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración. Y añade que la separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado.**

Por último, se debe tomar en consideración el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

De acuerdo con el art. 1 del citado Reglamento, el mismo se aplica, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas:

- a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial;
- b) a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

Para el divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial, la competencia general la determina el art. 3, en cuya virtud en los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro:

a) en cuyo territorio se encuentre:

- la residencia habitual de los cónyuges, o
- el último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
- la residencia habitual del demandado, o
- en caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
- la residencia habitual del demandante si ha residido allí durante al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o
- la residencia habitual del demandante en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y de que sea nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su «domicile»;

b) de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del «domicile» común. (A efectos del Reglamento, el término «domicile» se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda).

Asimismo, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que hubiere dictado una resolución sobre la separación judicial será asimismo competente para la conversión de dicha resolución en divorcio, si la ley de dicho Estado miembro lo prevé (*artículo 5*).

Igualmente, el órgano jurisdiccional ante el que se sustancien los procedimientos con arreglo al artículo 3 también será competente para examinar la demanda reconvenzional, en la medida en que ésta entre en el ámbito de aplicación del Reglamento (art. 4).

Por último, los arts. 6 y 7 determinan el carácter exclusivo de las competencias judiciales, así como una suerte de competencia residual. De este modo, un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o bien sea nacional de un Estado miembro o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tenga su «domicile» en el territorio de uno de estos dos Estados miembros, sólo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5.

Si de los artículos del Reglamento no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado.

Todo nacional de un Estado miembro que tenga su residencia habitual en el territorio de otro Estado miembro podrá, al igual que los nacionales de este último, invocar en dicho Estado las normas sobre competencia que sean aplicables en el mismo contra una parte demandada que no tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro y que no tenga la nacionalidad de un Estado miembro o, en lo que respecta al Reino Unido e Irlanda, no tenga su «domicile» en el territorio de uno de estos dos Estados.