



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho.

Procedimiento de Separación.

Presentado por:

Dña. Laura Castañón Primo

Tutelado por:

Dña. María José Moral Moro

Dña. María de los Ángeles Gallego Mañueco

Valladolid, 25 de Mayo de 2021

AGRADECIMIENTOS:

..... A mi Madre, que me ha apoyado con este proyecto y sin ella no se hubiera hecho realidad la culminación de toda mi andadura Universitaria. Gracias por estar cuando te he necesitado, Madre....

..... También a mis tutoras por vuestro continuo apoyo y paciencia, así como por vuestras pautas, consejos y opiniones para indicarme siempre acertadamente en esta etapa final, para alcanzar mi titulación de Grado en Derecho....

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN.....	6
2. ABSTRACT	6
3. RESUMEN.....	7
4.- CONCEPTO DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL.....	8
4.1. Características y regulación en el Código Civil y en la Ley Enjuiciamiento Civil.	10
4.2. Diferenciación con el divorcio.....	14
4.3. Diferencias con la nulidad	18
4.4. Efectos comunes	21
4.5. Significado de la supresión de las causas legales por la Ley 15/2005	25
5.- SEPARACIÓN DE HECHO. TRATAMIENTO JUDICIAL DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN RELACIÓN CON LOS HIJOS Y LOS BIENES COMÚNES.....	28
6.- PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN.....	33
6.1. Tipología de procedimientos de separación	33
6.1.1. Separación de mutuo acuerdo. Requisitos y tramitación.....	33
6.1.2. Separación contenciosa. Requisitos y tramitación.	35
6.1.3. Separación notarial.	39
6.1.4. Intervención del Ministerio Fiscal.	40
7. EL CONVENIO REGULADOR.....	42
8. EFECTOS SOBRE LOS DESCENDIENTES DEL MATRIMONIO. PATRIA POTESTAD, CUSTODIA Y CONTRIBUCIÓN A LOS ALIMENTOS. 47	
9. EFECTOS SOBRE LA VIVIENDA COMÚN. USO Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS.	51
10. EFECTOS POR LA EXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO.56	
10.1. La pensión compensatoria y la compensación económica en la separación de bienes.	57
11. EFECTOS SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.	63
11.1. Separación de bienes	63
11.2. Régimen de gananciales	65
12. LA EVENTUALIDAD DE LA RECONCILIACIÓN.....	68
13. CONCLUSIONES.....	71
14. BIBLIOGRAFÍA.....	74
14.1. Normativa	74
14.2. Libros y Revistas.....	74

15. ANEXO.....	79
15.1. Jurisprudencia mencionada	79
15.1.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL.....	79
15.1.2. TRIBUNAL SUPREMO	79
15.1.3. AUDIENCIAS PROVINCIALES	80

ABREVIATURAS

Art.: Artículo

CC: Código Civil.

CE: Constitución Española.

Dña.: Doña.

F.D.: Fundamento de Derecho.

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia.

LEcivil: Ley Enjuiciamiento Civil.

MF: Ministerio Fiscal.

nº, núm.: Número.

pág.: página.

págs.: Páginas.

RC: Registro Civil.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

TFG: Trabajo Fin de Grado.

TS: Tribunal Supremo.

1. INTRODUCCIÓN

Mediante un estudio completo de normativa, jurisprudencia y doctrina este trabajo estudia la separación matrimonial, sus efectos sobre los cónyuges, el patrimonio y las relaciones con los hijos.

Se procederá a analizar los diferentes tipos de separación que se pueden dar y, mediante un análisis exhaustivo, llegamos al conocimiento completo de la figura y de las diferentes consecuencias que se virtualizan siempre en función de las condiciones del caso concreto y el interés de las partes más susceptibles de protección.

PALABRAS CLAVE:

Separación, menores, cónyuges, sentencia, TFG, interés, matrimonial...

2. ABSTRACT

Through a complete study of regulations, jurisprudence and doctrine, we study marital separation, its effects on spouses, property and relationships with children.

It will proceed with an analysis of the different types of separation that can occur, and through an exhaustive study we arrive at a complete knowledge of the figure and the different consequences that are always virtualized depending on the conditions of the specific case and the interest of the parties most susceptible to protection. .

KEYWORDS:

separation, minors, spouses, sentence, TFG, interest, matrimonial...

3. RESUMEN

Este trabajo comienza haciendo una enunciación del concepto del matrimonio, con un estudio de su origen social y legal.

Partiendo del conocimiento del matrimonio se pasa al entendimiento de la figura de la separación, y la caracteriza mediante una diferenciación con las demás formas de resolución de las crisis del matrimonio: la nulidad y el divorcio.

Una vez caracterizada la figura y definida en su forma el trabajo procede al estudio de la separación en sus diferentes variantes; de mutuo acuerdo, contenciosa, y ante Notario.

Pasa después al estudio de las consecuencias, en función del factor al que esas consecuencias se enfoquen, a los descendientes del matrimonio, a su patrimonio común, y a las obligaciones que puedan derivarse del uno con el otro.

Finalmente en el trabajo se plantean otros posibles desenlaces del estado de la separación, siendo el principal el de la formalización de la ruptura de la convivencia, pudiendo ser el divorcio o la reconciliación, y siendo el divorcio un nuevo procedimiento aparte, estudia la posibilidad de la reconciliación.

Se profundiza en la realidad social actual de la separación matrimonial y de todas sus consecuencias con un estudio concienzudo y pormenorizado, procurando no sólo aumentar los fundamentos del estudio personal ya realizado del Derecho de familia, sino también ofrecer una humilde aportación a la gran cantidad de excelente contenido que ya se ha creado en la materia.

4.- CONCEPTO DE SEPARACIÓN MATRIMONIAL

Ante la finalización de la armonía matrimonial una de las soluciones que se puede dar a esa situación de crisis es el acto de la separación, que por su propia naturaleza genera unas consecuencias particulares, que si bien pueden tener coincidencia con las que se derivan de la nulidad matrimonial y del divorcio es necesario tener en cuenta las características específicas de la separación.

La regulación del matrimonio lleva presente en nuestra legislación desde hace muchos años; pero no únicamente en la regulación española encontramos la regulación del matrimonio y su disolución.

Desde las antiguas sociedades se viene desarrollando el concepto de matrimonio, destacamos dos en las definiciones que del mismo se dan en la Compilación Justiniana, uno de los textos principales del derecho romano, en concreto, que definen el matrimonio como «la unión de hombre y mujer en un consorcio para toda la vida» y « con la finalidad de vivir en comunidad». Los dos elementos básicos del matrimonio se configuran así en la convivencia y en el ánimo o voluntad, con el consentimiento de ambos, de formar el matrimonio y ser marido y mujer.

En la concepción romana del matrimonio sólo se entendía como la unión entre hombre y mujer, y ha sido posteriormente cuando se ha incluido en las regulaciones legales modernas la posibilidad del matrimonio entre personas del mismo sexo¹.

Ahora, una vez definido el vínculo del matrimonio desde un punto de vista histórico, procedo a analizar la posibilidad de que ese vínculo desaparezca.

Desde los tiempos romanos² existía el concepto del divorcio como finalización del vínculo matrimonial. Se ha realizado una variedad de estudios en la materia, **entre los que**

¹ VENTURI, C., "Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente a la actualidad", Anuario de la *Revista semestral del Centro de Estudios Clásicos*, número 32 -1, 2014, págs. 105-120.

² GHIRARDI, J.C., "Regulación jurídica de las conductas sexuales extramatrimoniales en el Derecho Romano", *Revista General de Derecho Romano*, número 5, 2005.

destacamos el de VENTURINI ³.

Resulta interesante que la separación, o el tipo de divorcio que se conocía en el derecho romano como divorcio imperfecto, también existía.

Esta modalidad de divorcio, que no finalizaba el vínculo matrimonial, pero cesaba el deber de convivencia necesario para la existencia del matrimonio, es un antecedente clave. Se enmarca con unas características similares a la separación matrimonial actual, e incluso se recoge el deber de repartir los bienes del matrimonio y una especial consideración de la dote.

Para conocer el concepto de separación matrimonial debemos comprender en un primer momento la idea del matrimonio y una vez asimilado es cuando se puede llegar a entender las características que acompañan a la figura de la separación y que la diferencian de las formas de finalización del vínculo matrimonial: el divorcio y la nulidad.

La regulación del matrimonio en el Código Civil (en adelante CC) se encuentra en los **artículos 41 al 71**.

Los artículos disponen la definición del matrimonio, los requisitos para su celebración⁴, debiendo señalarse como principal el consentimiento como elemento básico para la existencia de un matrimonio válido, las formas de la celebración, la inscripción del mismo en el Registro Civil (en adelante RC) y finaliza con los deberes de los cónyuges. Estos deberes mutuos marcan el carácter del matrimonio, y entre ellos destacamos el deber de convivencia, cuya ruptura es el primer punto determinante en la separación⁵.

³ VENTURI, C., “Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente a la actualidad”, Anuario de la *Revista semestral del Centro de Estudios Clásicos*, número 32 -1, 2014, págs. 105-120.

⁴ MARIN LOPEZ, M.J., “Requisitos del matrimonio”, *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, (Bercovitz Rodríguez Cano), Madrid, 2007, págs. 47-64.

⁵ LLEDÓ YAGÜE, F., “Medidas y efectos comunes en los procesos de separación, nulidad y divorcio” en *“El matrimonio, situaciones análogas a la convivencia, medidas y efectos comunes a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio y el registro civil*, coordinadores Antonia Nieto Marín y Francisco Lledó Yaque, *Dyckinson*, Madrid, 2011, págs.113-136.

4.1. Características y regulación en el Código Civil y en la Ley Enjuiciamiento Civil.

La característica principal de la separación es que no supone la disolución del vínculo matrimonial, supone la atenuación de sus efectos.

Este es el elemento diferenciador de la separación matrimonial con las demás modalidades de resolución de las crisis en el matrimonio, que luego se ampliarán en el apartado correspondiente.

Si bien el matrimonio modifica las condiciones en las que vive el matrimonio, suponiendo el fin de la convivencia y regulando las relaciones posteriores en referencia a la economía del matrimonio y las relaciones paternofiliales, no deja de existir el vínculo, impidiendo la posibilidad de un nuevo matrimonio en su caso.

La regulación de la separación se ha incluido de forma tradicional⁶ en el CC, completada con las disposiciones de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LECivil).

La regulación del CC se encuentra en el Libro I, de las personas, Título Cuarto, dedicado al matrimonio, capítulo VII.

Los **artículos 81 al 84 del CC**, que regulan específicamente la separación, comienzan diferenciando las modalidades de la separación: en función de la existencia o no de hijos menores no emancipados o con la capacidad jurídica modificada judicialmente y que dependan de sus progenitores.

Esto encuentra su fundamento en la necesidad por parte del derecho de priorizar aquellos elementos más afectados y potencialmente perjudicados por la crisis del matrimonio: los hijos.

Así, cuando sea necesario el pronunciamiento de los Tribunales porque haya hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, de modo que sean dependientes, un cónyuge con el consentimiento del otro, o ambos si están de acuerdo, acudirán a la sede judicial con

⁶ ACUÑA GUIROLA, S., “Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico”, *Anuario del Derecho Eclesiástico del Estado*, Instituto para el Estudio de la Libertad Religiosa Boletín Oficial del Estado. Número 5, 1989, págs. 655-656.

su petición. Presentará con la forma de demanda, acompañado de la correspondiente propuesta de convenio regulador.

No existiendo hijos a cargo del matrimonio no es obligatorio acudir a la sede judicial demandando sentencia de separación para la obtención de una resolución con la separación.

Si ambos cónyuges están de acuerdo basta con que acudan ante el Letrado de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ), o al Notario en su caso, presentando el convenio regulador que regule sus relaciones tras la separación, y que ambos manifiesten libremente su conformidad con las medidas en éste incluidas.

El CC regula las dos clases de la separación matrimonial:

☞ Contenciosa, en el caso de que no exista acuerdo, la encontramos en el **artículo 81.2** del CC. El procedimiento comienza por la demanda de uno de los cónyuges, se procede con la respuesta del otro, y comienza su participación el Ministerio Fiscal (en adelante MF) en el caso de que hubiera hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, actuando en defensa de sus intereses.

☞ Mutuo acuerdo, **artículos 81.1 y 82** del CC. Aquí partimos de la idea de que los cónyuges están de acuerdo en la separación matrimonial, pero se diferencian dos situaciones:

- Con hijos menores. En este caso se procede presentando obligatoriamente la demanda con la propuesta de convenio.
- Sin hijos menores. Tienen en este caso la posibilidad de presentar solicitud de separación ante el LAJ o acudir al Notario.

Todas estas formas de separación se explicarán en el apartado correspondiente. Pero, debemos señalar que, tras la reforma de 2015 del CC, quedó privado de regulación específica la separación contenciosa cuando no hay menores o con capacidad modificada; y,

en la práctica, se regula por lo establecido en el **artículo 770** de la LECivil.

Estos dos **artículos, 81 y 82** CC, regulan las dos modalidades de separación que existen, resultando necesario en ambos casos que hayan transcurrido mínimo tres meses desde el matrimonio y asimismo será necesario siempre que se presente una propuesta de convenio regulador para el establecimiento de las medidas que regirán sus relaciones desde la resolución de separación.

Este requisito mínimo de tiempo se excusa en las circunstancias de riesgo para la vida, la integridad, la seguridad, la libertad, del cónyuge o de los hijos.

Se observa, como señalábamos, que la prioridad de la regulación legal es la protección de los miembros de la familia más débiles.

Los dos siguientes artículos por su parte, regulan el primero los efectos de la resolución de la separación o la escritura en su caso, y los efectos de una eventual reconciliación de los cónyuges.

Resulta importante que, en el mismo concepto que el de las capitulaciones matrimoniales, la resolución judicial de la separación, una vez firme, deberá inscribirse en el RC para que tenga efecto ante terceros, lo que se aplica también para el caso de la eventual reconciliación, que si efectivamente se produjera deberá inscribirse en el Registro para que tenga efectos ante terceros. Esta cuestión tiene gran relevancia y ha sido destacada su importancia por parte de jurisprudencia consolidada del Tribunal Supremo (en adelante TS), que será ampliado en el apartado dedicado a la reconciliación.

Aunque en estos artículos del CC encontramos la regulación básica de la separación no son los únicos en los que se hace referencia a la misma, los más importantes en materia de efectos de la separación son: el **artículo 116**, puesto que incluye la cuestión referente a que a los trescientos días siguientes una vez producida la separación finaliza la presunción de paternidad, el **artículo 156**, que determina el ejercicio de la patria potestad por parte del padre que conviva con los hijos en caso de separación, el apartado tercero del **artículo 1393** que dispone la posibilidad de que, solicitado por uno de los cónyuges, una vez

transcurrido un año de una separación de mutuo acuerdo o de hecho, se disuelva la sociedad de gananciales, y finalmente, el **artículo 834** del CC que elimina el usufructo hereditario del cónyuge separado, ya sea de forma legal o de hecho.

Resulta interesante este último apartado, referido a la separación de hecho, la posibilidad de privar de los derechos hereditarios, cuestión reconocida por la jurisprudencia, entre los pronunciamientos más recientes encontramos el siguiente de la **Audiencia Provincial de Burgos, de 21 de septiembre de 2020, sentencia 292/2020**⁷: *“FD. 2ª. (...) El artículo 834 del CC fue modificado por la Ley 15/2005 de 8 de julio, dado que en la redacción anterior solo se hablaba de separación, para aclarar la cuestión controvertida sobre si la separación de hecho incapacitaba para suceder, y no solo la separación judicial, aclarándolo en el sentido de que se trataba tanto de la separación judicial como de hecho, lo que se aclaró aún más en 2015 para introducir la frase " el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho". La sentencia justifica sobradamente por qué concurría la separación de hecho de los cónyuges al tiempo del fallecimiento de don Ruperto.”*

Esta resolución señala como un motivo de aplicación del **artículo 834 CC** la existencia de una acreditada separación de hecho, que necesariamente debe estar probada.

La regulación procesal que incluye de la separación la LECivil, en los **artículos 770 y siguientes**, determina el procedimiento a seguir, con los trámites del juicio verbal, regulación de las medidas provisionales, definitivas, su eventual modificación y la ejecución forzosa de esas medidas.

En el caso de que se trate de una separación de mutuo acuerdo no cabe juicio verbal ni reconvencción (**artículo 777** LECivil)

Incluye el **artículo 770** la regulación de la posibilidad de plantear reconvencción en los procesos de separación contenciosa, cuyo **apartado d**, que habilita la reconvencción: *“Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido*

⁷ Sentencia de la Audiencia Provincial de Burgos, nº 292/2020, de 21 de septiembre de 2020.

solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.”⁸ y a este particular citamos la sentencia del **TS nº 722/2013, 15 de Noviembre de 2013, en su Fundamento de Derecho (en adelante F.D.) 2º**⁹:

“(…) Debe interpretarse, pues, que cuando el artículo 770.2.ª d) LEC dispone, como uno de los supuestos en que se excusa la reconvencción en los procesos familiares, aquel en que el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, no apreciables de oficio, «que no hubieran sido solicitadas en la demanda», la naturaleza de esta medida impone que se considere equivalente al supuesto de solicitud en la demanda el caso en que se haya solicitado su denegación, pues tiene el mismo efecto contemplado en la LEC de ampliar a su discusión el objeto del proceso”.

De los preceptos del CC y los de la LECivil podemos señalar como característica principal de la separación matrimonial, y que supone la diferencia principal con el divorcio y la nulidad¹⁰, como llevamos señalando en este trabajo, es la atenuación de los efectos del vínculo del matrimonio, se elimina el deber de convivencia; en referencia a los bienes se modifica el régimen de disfrute y el sostenimiento de las cargas, y también, por supuesto, se modifican las relaciones con los hijos y los términos de una posible herencia, así también el derecho a una pensión de viudedad. Atenuación de efectos, decimos, pero no desaparición del vínculo matrimonial

Y esta característica principal es la que determina todas las demás características que acompañan a la separación, y que vamos a ir señalando a lo largo de este trabajo.

4.2. Diferenciación con el divorcio

La diferencia básica entre estas dos resoluciones a las crisis del matrimonio consiste en que en el divorcio se produce la rotura del vínculo matrimonial, igual que se produciría en el caso del fallecimiento, mientras que en la separación el vínculo persiste.

⁸ Artículo 770 apartado d, Ley de Enjuiciamiento Civil.

⁹ Sentencia del Tribunal Supremo nº 722/2013, de 15 de Noviembre de 2013.

¹⁰ ORTUÑO MUÑOZ, J.P., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*, Valencia, 2002, págs. 968 y ss.

Con el divorcio cabe la posibilidad de celebrar un matrimonio nuevo, con una nueva persona, o constituir, en su caso, una pareja de hecho, en la separación no es posible contraer nuevo matrimonio porque persiste el anterior.

La situación que genera la separación únicamente puede modificarse de dos formas: mediante la reconciliación o con el inicio de procedimiento de divorcio.

Con la regulación anterior la separación constituía una fase intermedia, y el divorcio la fase final, y esta es su diferencia principal. La separación supone el fin de la convivencia, el divorcio supone el fin del matrimonio.

Pero el elemento que se ha tratado más en la jurisprudencia es la diferencia de trato en el ámbito sucesorio.

Y ello porque, produciéndose reconciliación en el caso de la separación se recobraría el título que le habilitaría para ser legitimario del cónyuge fallecido, pero una vez producido el divorcio, o estando aún vigente la separación, aun siendo de hecho, se perdería el derecho a suceder y, en especial, el derecho al usufructo.

Así podemos encontrar acreditado en Sentencias recientes en la materia como la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Ciudad Real nº 131/2018, de 14 de mayo de 2018, F.D. 1º**: *“(…) por entender carece de legitimación ad causam , al encontrarse, al tiempo del fallecimiento separada de hecho del causante y así deduce dicha apreciación de la constancia de un procedimiento de divorcio, a demanda del propio causante, que infiere ya una presunción del mantenimiento de dicha separación sin que se haya acreditado reconciliación entre los cónyuges, y la pérdida de afecto marital, expresada igualmente en el testamento, en el que expresamente el causante afirma no realizar ninguna disposición testamentaria a su favor.”*

Se contempla asimismo, como base para la necesidad de reconciliación para que se aprecie recuperado el derecho a ser legitimario que sería en contra de la propia voluntad del testador mantener ese derecho estando el matrimonio en una situación alejada del afecto o la familiaridad.

En términos similares, y siendo un pronunciamiento especialmente reciente, la Sentencia de **la Audiencia Provincial de Burgos nº 292/2020, de 21 de septiembre de 2020 dispone en su F.D. 2º** *“El artículo 834 del CC fue modificado por la Ley 15/2005 de 8 de julio , dado que en la redacción anterior solo se hablaba de separación, para aclarar la cuestión controvertida sobre si la separación de hecho incapacitaba para suceder, y no solo la separación judicial, aclarándolo en el sentido de que se trataba tanto de la separación judicial como de hecho, lo que se aclaró aún más en 2015 para introducir la frase " el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho".”*

Así, la interpretación que hace la jurisprudencia es que estando separados, legalmente, no existiendo reconciliación, de hecho, o divorciados, se pierde el derecho a suceder.

Incluimos también reciente **Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de 19 de noviembre de 2019, nº 569/2019, F.D. 3º** : *“(…) El texto anterior de 1981, como se ha dicho, afirmaba que "no había lugar al llamamiento si el cónyuge estuviere separado por sentencia firme o separado de hecho, por mutuo acuerdo que conste fehacientemente", mientras que el reformado en 2005, establecía: "No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho". Se trata de armonizar la reforma del derecho matrimonial con el derecho sucesorio, pues con la práctica eliminación de la separación en las crisis matrimoniales y con el llamado " divorcio exprés", donde ya no hay que alegar causa alguna ni prácticamente plazo a contar desde la celebración del matrimonio, si la quiebra de la "afectivo maritales" se deja a la libre voluntad de uno solo de los esposos, también se quiere que todas esas modificaciones afecten, a las posibles consecuencias sucesorias.*

La separación de hecho, así sencillamente y sin más exigencias, unilateralmente decidida, es la segunda causa que impide el llamamiento intestado del cónyuge sobreviviente. Incluso, el art. 945 CC ha sido reformado por la Ley 15/2015, de 2 de julio , (apartado 75 de su DF 1 º) y se mantiene la mera separación de hecho de los cónyuges para el excluir el llamamiento del cónyuge viudo a que se refiere el art. 945 CC , en relación con el art. 944 CC.”.

Continúa la sentencia pasando a hacer referencia a una sentencia que por su propia redacción arroja luz sobre la cuestión de la legítima en el testamento: *“(…) En este mismo sentido la Sentencia de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de las Islas Baleares señala que la separación de hecho interpretada a la luz de la reforma (...) que permite obtener la separación judicial y el divorcio a petición de uno sólo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio-, no exige que sea "mutuamente convenida", no estando sujeta a ningún condicionante, y añade, "Si la separación judicial decretada por la simple*

voluntad de un esposo priva al otro de derecho a legítima, sería inconsecuencia de difícil explicación denegar el mismo efecto de pérdida a la separación de hecho que acaece sin previo acuerdo de los consortes" Por tanto, lógicamente esta cuestión es aplicable también al supuesto del artículo 834 "el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o, de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a la mejora", (...); por tanto, rota la relación conyugal entre los esposos y existiendo entre ellos un distanciamiento afectivo y sentimental puesto de relieve por el cese de la convivencia, lo justo es eliminar la legítima conyugal, (...) ”.

Los términos materiales que dan efecto a la reconciliación efectiva entre los cónyuges, en palabras de la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 7 de abril de 2016, nº 259/2016**, son los siguientes: *“F.D. 3º. (...) En palabras de la sentencia del TSJC de 7 de septiembre de 2009 "la reconciliación matrimonial se ha venido entendiendo como un negocio jurídico bilateral del derecho de familia por el cual los cónyuges libre y voluntariamente hacen cesar la situación jurídica de la separación e implantan de nuevo una comunidad de existencia.*

Se viene considerando también que la reconciliación requiere de dos elementos : un animus específico de compartir de nuevo un proyecto de vida en común que comporta la asunción de los deberes establecidos en los artículos 66 a 68 del CC y la reanudación de la convivencia que incluso algunos autores vienen a definir como presupuesto de la reconciliación.

La reconciliación supone pues - y en eso debe distinguirse de los intentos de reconciliación- una reanudación estable y continuada de la convivencia con la finalidad de cesar la situación y los efectos derivados de la anterior separación matrimonial”

Continúa la sentencia disponiendo los requisitos formales de comunicación a la reconciliación para que disponga de plenos efectos: *“Sin embargo, solo la reconciliación comunicada al órgano judicial que entendió del procedimiento de separación produce efectos jurídicos erga omnes , y deja sin efecto lo acordado en la sentencia tal y como establece el artículo 84.1º del CC (...)*

Sin embargo la reconciliación tácita o de hecho, que reúna los requisitos antes expuestos puede y debe producir efectos inter partes, toda vez que se trata de un negocio jurídico que surge a la vida del derecho por la existencia del consentimiento de las partes con una causa lícita y verdadera (STS 22-4-1997). El derecho no puede desconocer una situación querida por los que todavía se hallan ligados por el vínculo matrimonial que deciden libremente suspender el cese de la vida en común que supone la separación. En consecuencia la convivencia que surge a partir de dicha reconciliación producirá también efectos jurídicos en caso de nueva crisis familiar”¹¹.

¹¹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona nº 259/2016, de 7 de abril de 2016.

Y nos hacemos eco, para finalizar, de los términos en los que se define la reconciliación según la **Sentencia de la Audiencia Provincial de Ávila nº 32/2009, de 27 de febrero de 2009**, en procedimiento que determinaba derechos hereditarios en una pareja que habiéndose separado con posterioridad se habían reconciliado, si bien, al no cumplir con los requisitos formales de comunicación e inscripción de esa reconciliación no se entiende como suficiente para dejar sin efecto los términos de la resolución de la separación matrimonial y realiza, en su F.D. 4º, una caracterización de la reconciliación válida: “*La reconciliación no supone la cordialidad, la educación o las relaciones afables, amables e incluso afectuosas. Supone la reanudación de una vida en común de los cónyuges que se habían separado. Por ello en nada afecta la documentación sobre declaración de impuestos, empadronamientos etc. Estos datos no son sino simples indicios que en nada afecta al citado acto jurídico.*”

Es un acto, la reconciliación, de autonomía privada de los cónyuges, judicialmente separados, que persigue dejar sin efecto lo resuelto en separación decretada judicialmente.

Aunque puede existir reconciliación tácita, es decir el mutuo acuerdo de reanudar la convivencia matrimonial sin observar formalidad alguna en juicio, debe probarse cumplidamente”.

Concluyendo, las diferencias básicas entre la separación y el divorcio se derivan del carácter definitivo del divorcio frente al carácter modificable de la separación.

4.3. Diferencias con la nulidad

La figura de la nulidad matrimonial supone la existencia de una causa que determina que en ningún momento ha existido matrimonio por encontrarse afectado de un vicio que lo invalida, y todas las características derivadas de su propia naturaleza determinan su diferencia diametral con la separación y el divorcio.

En el caso de que se produzca la nulidad del matrimonio los efectos se retrotraerían al momento de contraer el matrimonio, se trata de la constatación de la existencia de un defecto que priva de efecto al matrimonio en sí.

De este modo, la diferencia es ostensible entre las dos figuras; siendo la separación una atenuación del vínculo matrimonial que deriva de la voluntad de uno o de ambos cónyuges y que elimina el deber de convivencia, la nulidad se basa en un motivo presente con anterioridad o en el momento del matrimonio.

Las causas para la nulidad matrimonial sí que se encuentran determinadas, en el **artículo 73** del CC, y se encuentran relacionadas con vicios graves que impiden que se cumpla con los requisitos de un matrimonio válido, con un consentimiento otorgado de forma libre, no condicionado ni limitado de ninguna forma, con la capacidad legal de los contrayentes, la ausencia de persona con la autoridad suficiente para officiar el matrimonio, o el caso de que el matrimonio se haya contraído con error de la persona del otro contrayente, o habiéndose contraído el matrimonio coaccionado o sujeto a miedo grave.

De este modo, la nulidad se encuentra limitada a los casos en los que se apliquen las causas tasadas que el CC estipula y la separación, tras la reforma realizada, se encuentra privada de causas concretas para su ejercicio.

La existencia de nulidad supone que no ha existido matrimonio alguno, pero no priva de todos los deberes que puedan derivarse de esta situación, según se regula en los **arts. 90 a 96**, salvo la pensión compensatoria del **art. 97** CC, que puede ser sustituida por la indemnización regulada en el **art. 98** CC. Para el caso de que haya existido convivencia y, digamos, un matrimonio efectivo aunque por las causas de nulidad con posterioridad se declare la inexistencia de ese matrimonio desde su celebración, si nos remitimos a lo que dispone el **artículo 98** del CC, *“cabe la posibilidad de que al cónyuge de buena fe se le indemnice”*¹². Este aspecto también ha sido tratado por la jurisprudencia, **citamos para el caso la Sentencia del TS, de 10 de marzo de 1992**,^{13 14}, que si bien somos conscientes que por su antigüedad se aleja de los tratamientos que de las materias se da actualmente por parte de doctrina y jurisprudencia, su definición de la naturaleza de la indemnización del **artículo**

¹² NAVARRO MIRANDA, J.R., *Código civil comentado. Volumen I-(arts 1 a 680)*, Civitas, 2011, págs. 533-537.

¹³ LEON GONZALEZ, M., “La Indemnización del artículo 98 del Código Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)”, en *Anuario de Derecho civil*, vol. 46, nº 2, 1993, págs. 961-972.

¹⁴ Sentencia del Tribunal Supremo, nº 266/1992, 10 de marzo de 1992.

98 en su F.D.2º ¹⁵ emana una claridad que por su mero interés informativo y didáctico, **incluimos,**

“La indemnización que dicho artículo 98 Código Civil reconoce no es de naturaleza alimenticia, ni tampoco se corresponde a la pensión compensatoria que refiere el precepto 97 de aquel cuerpo legal, sino que más bien se trata, en cierto sentido, de una equitativa reparación económica equilibradora de los amplios y variados desajustes que pueda ocasionar la nulidad de un matrimonio por la extinción de un proyecto común de vida de los esposos afectados, que no ha ido consolidándose en los años de convivencia hasta producir su desaparición. No trata el precepto de imponer sanciones, aunque en un principio así puede entenderse por cargar al cónyuge de mala fe la indemnización, lo que representaría volver a reconsiderar sus conductas determinativas de la nulidad decretada, y, en su caso, los daños que pueda haber sufrido el otro consorte de buena fe, para cuya reparación queda abierta la vía del artículo 1902 Código Civil (Sentencia de 26 noviembre 1985), sino que más bien la norma se proyecta a reducir distancias económico-sociales derivadas entre los que en su día estuvieron unidos por legítimo vínculo matrimonial,”

Esta sentencia incluye también entre sus pronunciamientos la distinción que supone aplicable la indemnización sólo para el caso de que la buena fe provenga de uno solo de los cónyuges, no resulta aplicable en caso de concurrencia.

Otra diferencia muy reseñable es que la nulidad por determinadas causas se encuentra afectada por un plazo concreto para su ejercicio que una vez transcurrido no permite que se ejerza la acción de nulidad del matrimonio.

Así, las causas que vengán determinadas por una falta de capacidad, derivada de la edad, o tratándose de miedo grave, error o coacción, caducarán al cabo de un año de que adquiera la capacidad o finalice el motivo de miedo grave, error o coacción. Sin embargo, los demás motivos, por parte de la doctrina se consideran imprescriptibles.

Por otro lado, las solicitudes de separación, o de divorcio en su caso, sólo se encuentran limitados por el requisito de que deban transcurrir los tres meses de matrimonio desde la celebración del mismo.

¹⁵ Sentencia del Tribunal Supremo, nº 266/1992, de 10 de marzo de 1992.

4.4. Efectos comunes

Ya sea mediante la separación, el divorcio o la nulidad, todos los modelos que existen de crisis en el matrimonio producen una serie de efectos comunes en todos los casos, y que se incluyen a continuación¹⁶.

Tales efectos se encuentran regulados en el CC, **artículos 90 al 101**, el objetivo de los preceptos es establecer las bases que regulan las condiciones de las relaciones entre los cónyuges y el patrimonio y la posible descendencia en caso de ruptura o atenuación del vínculo. Estos efectos se recogen en el convenio regulador, que siempre debe presentarse en los supuestos de mutuo acuerdo, y supone la regulación generada por los propios cónyuges, y, una vez aprobado, regirá el futuro de sus relaciones. Incluirá la regulación de los deberes de los padres hacia los hijos, incluyendo patria potestad, custodia, aportaciones en concepto de alimentos, derechos de visita, uso de la vivienda, y criterios para la determinación y procedencia de pensión, modificación y posible extinción. En caso de no existir acuerdo las medidas serán adoptadas por el juez, en atención a las que los cónyuges y el MF, en su caso, presenten con su demanda o contestación, y será el juez el que determine las medidas en sentencia.

Los efectos comunes tienen en su redacción un enfoque que da en todo caso prevalencia a los acuerdos a los que hayan podido llegar las partes, que sean los propios afectados los que lleguen a diseñar los términos que mejor se adapten a sus condiciones y necesidades.

La normativa del Código pretende dar marco legal a lo que todo matrimonio puede necesitar regular en su separación, los hijos, los bienes, y las posibles pensiones en caso de desequilibrio económico. Da siempre prevalencia, como resulta ostensible en el general del Derecho Civil Español, a la voluntad de las partes y les permite poner sus acuerdos como derecho aplicable a su caso siempre que no perjudique a los menores.

Incluye también como posibles partes afectadas la regulación del Código a los abuelos, otro ejemplo de las adaptaciones a la realidad social que encontramos en el CC, por ejemplo en el **artículo 94**.

¹⁶ BLANDINO GARRIDO, M. A., “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en *Mediación y derecho*, (coord. por Arturo Álvarez Alarcón, Pablo García Molina), Pamplona, 2020, págs. 341-350.

“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.

*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, teniendo siempre presente el interés del menor.”*¹⁷

*“De lo que se trata es de, que el derecho pone por delante siempre los intereses de los hijos, siendo el objetivo del legislador darles una posición prevalente, incluso sobre los posibles pactos de los cónyuges.”*¹⁸

Continuando con la regulación del Código de efectos comunes, el siguiente capítulo, de los **artículos 102 al 106** regula las *medidas provisionales*¹⁹ de procedimientos por nulidad, separación y divorcio; el primero de los preceptos enumera los efectos que por ministerio de la Ley se producen una vez admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, y resulta interesante que se incluyan aquí, dado que suponen unos efectos comunes iniciado el procedimiento en cualquiera de los casos:

- 1.- *“Los cónyuges podrán 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.- *Salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.”*²⁰

¹⁷ Art. 94 Código Civil.

¹⁸ CALZADILLA MEDINA, M., “Alcance de los pactos del convenio regulador de separación matrimonial sobre pensión compensatoria: fijación de doctrina jurisprudencial. Momento para fijar la compensación prevista en el art. 1438 CC: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 (JUR 2015, 306777) - *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, número 39, 2016, págs. 373-384.

¹⁹ VELA SÁNCHEZ, A.J., “Las crisis familiares. Efectos comunes a la nulidad separación y divorcio”, *Revistas derecho vLex*, págs. 74-77, disponible en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/efectos-comunes-nulidad-divorcio-519350866>

²⁰ Art. 102 Código Civil.

Con posterioridad se adoptarán las medidas provisionales durante la sustanciación del proceso si así se ha interesado con la interposición de la demanda principal, seguidos por *los efectos o medidas definitivas comunes de las sentencias de nulidad, divorcio o separación*. Las medidas, tal y como se lee en el **apartado primero del artículo 103**, se tomarán en el mejor interés de los hijos, y también se tomarán las medidas pertinentes respecto del uso de los bienes, la vivienda, y la aportación de cada cónyuge a las cargas²¹.

Y finalmente, considerando que las *medidas provisionales a adoptar*, serán, o en su caso, pueden ser sustituidas por las *medidas definitivas*²² que se establezcan en la resolución de la separación, nulidad o divorcio, el **artículo 106** contempla esta cuestión, e incluye también que la revocación de poderes y consentimientos entre los cónyuges en todo caso será definitiva.

Las medidas provisionales pueden tomarse en los procedimientos contenciosos por la petición de uno de los cónyuges en su demanda o en su contestación y serán sustituidas por los acuerdos del convenio si se transforma el procedimiento al mutuo acuerdo, o por lo que determine el juez en sentencia, si no se ha llegado a acuerdo o los acuerdos no han sido aprobados, todo ello lo encontramos en el **artículo 91** del CC.

Pero en todo caso, *las medidas definitivas* pueden ser modificadas también con posterioridad, considerando que, produciéndose una modificación sustancial de las circunstancias, las medidas ya no resultan procedentes del modo en el que fueron enunciadas con anterioridad. Si bien es necesario que la modificación de las circunstancias sea importante y duradera según dice la jurisprudencia. En este sentido, **la sentencia de la Audiencia Provincial de Santander, de 15 de noviembre de 2017, nº 623/2017, F.D. 2º**:

“(…) una vez fijada la pensión compensatoria y las bases para su actualización, solo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno y otro cónyuge que así lo aconsejen, lo que debe ponerse en relación con lo dispuesto en el art. 91 CC sobre que las medidas definitivas acordadas para regular las consecuencias de la separación o el divorcio pueden ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias, lo que ha sido interpretado en el

²¹ VELA SÁNCHEZ, A.J., op. y loc., cit.

²² VELA SÁNCHEZ, A.J., op y loc., cit.

sentido de entender que el cambio que autoriza la modificación ha de ser importante y duradero, de manera que la alteración no sea momentánea ni de escasa trascendencia.”

Encontramos, por tanto, la posibilidad de solicitar medidas provisionales, ya sea con anterioridad a la presentación de la demanda (medidas provisionales que se pueden adaptar con carácter previo a la demanda, reguladas en los **artículos 104 CC y 771 y 772** de la LECivil) y las medidas a solicitar con la propia demanda, a las que he hecho referencia más arriba (medidas que coexisten con la demanda, **artículos 103 CC y 773** LECivil).

Las primeras, conocidas como medidas provisionalísimas, porque son adoptadas con anterioridad a la interposición de la demanda de separación, tienen en primer lugar como elemento destacable que para que se mantengan obligan a que se interponga la demanda antes de que transcurran 30 días desde que fueron adoptadas, y que para su solicitud no se necesita abogado o procurador.

Pueden ser medidas referidas a la vivienda, los hijos y los bienes, y también acerca del deber de convivir de los cónyuges.

Estas medidas tienen como requisito para que se mantengan sus efectos el deber de que se presente la demanda de separación en el *plazo de 30 días* y que pueden presentarse sin abogado, aunque deba estar asesorado por abogado y representado por procurador para todos los trámites posteriores (**artículo 771** LECivil y **104** CC) Solicitadas, el LAJ citará a las partes para una comparecencia en la que se intentará que lleguen a un acuerdo, y el cónyuge demandado deberá acudir con abogado.

Estas medidas, una vez acordadas (en caso de no haber acuerdo entre las partes se realizará la prueba pertinente), pueden confirmarse una vez presentada la demanda, y si no se considerara por el Tribunal pertinente mantener las medidas, ya sea en toda su forma o porque considere necesario modificarlas, se citará a nueva comparecencia a las partes al efecto (**Art. 772.2** LECivil).

El **artículo 773** de la LECivil, por su parte, regula las medidas provisionales simultáneas a la demanda a adoptar una vez admitida la demanda de separación. Pueden ser solicitadas por

el cónyuge demandante o por el demandado.

Estas medidas no tienen por qué ser las medidas que finalmente se adopten, que serán las que incluya la sentencia de separación matrimonial, y no vincularán al Tribunal al respecto de éstas. En el caso de que las medidas definitivas fueran otras, quedarán las provisionales sustituidas.

Su propio nombre indica un primer régimen de medidas que no es definitivo, que es el que viene determinado por la sentencia.

4.5. Significado de la supresión de las causas legales por la Ley 15/2005

La existencia de una serie de causas estipuladas habilitadoras para el inicio de un procedimiento de separación derivaba de la regulación original de la separación por parte de la **Ley de 1981**²³. Las modificaciones llevadas a cabo por la **Ley 15/2005** eliminaron la necesidad de enmarcar la separación matrimonial en una de estas causas, liberalizando la posibilidad de la separación siempre que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio ²⁴.

El objetivo presente en la **Exposición de Motivos de la Ley de 1981** era dar una modificación al CC, adaptarlo a la sociedad y promover la igualdad entre los cónyuges.

Y precisamente, en fomento del nuevo modelo de sociedad y su interpretación de la pareja y el matrimonio, con un enfoque directo en la libertad, es donde se enmarca la reforma de 2005, enlazando directamente con los principios de nuestra **Constitución** (en adelante CE); **en palabras del estudio realizado por don Andrés Domínguez Luelmo** ²⁵, el

²³LÓPEZ ALARCÓN, M., “Las causas de separación matrimonial en España, hoy”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 1980, págs. 1044-1053.

²⁴ MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.L., “La supresión de las causas de separación en nuestro ordenamiento”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, número 3, 2006, págs. 20-27.

²⁵ DOMINGUEZ LUELMO, A., “El matrimonio y su naturaleza tras la Ley 15/2005: consecuencias jurídicas de la supresión de las causas de separación y divorcio”. *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones*

fomento del libre desarrollo de la personalidad que garantiza nuestra regulación constitucional aumenta el valor que se da a la voluntad de la persona, sin hacerla depender de causa alguna.

Así, la nueva regulación del CC tras la reforma de 2005 eliminando las causas estipuladas para la separación matrimonial hace la voluntad de separarse como un fin en sí mismo, sin que sea necesario justificar la acción más allá que por la voluntad.

Ya desde los tiempos romanos, como ya se estudia en este trabajo al definir el matrimonio, la desaparición de la voluntad de mantener ese vínculo que sostiene esa comunidad de vida y existencia que es el matrimonio era motivo para su desaparición.

Así, esta nueva interpretación del matrimonio y de la posibilidad de atenuación y desaparición del vínculo se acerca a la configuración del matrimonio romano, así como la necesidad de que esa voluntad y consentimiento necesarios para contraer el matrimonio se sostengan a lo largo del tiempo para que el matrimonio se mantenga. Ciertas posturas de la doctrina al producirse la reforma consideraban que liberalizar por completo la posibilidad de ruptura del matrimonio o atenuación del vínculo en el caso de la separación afectaba gravemente a la figura de la familia e iba contra la Constitución, sin embargo, la tutela judicial de los intereses de los menores y la regulación de las relaciones paternofiliales se establecen como sistemas de protección en todo caso.

La anterior regulación determinaba por las causas la existencia de una parte inocente y otra culpable, de modo que de la culpabilidad emanaba el deber de indemnizar, y afectaba la causa también a la forma en la que se regulaban las relaciones con los descendientes e incluso el uso de la vivienda y los bienes.

Sin embargo, eliminada la culpa, se toma como elemento para la determinación del deber de indemnizar, como luego se va a desarrollar, la existencia de un desequilibrio económico, que exista un perjuicio en las condiciones de vida por el fin de la convivencia, y se limita el

interna e internacional) / coord. por Santiago Álvarez González, María Paz García Rubio, Marta Requejo, Madrid, 2009, págs. 91-132.

requisito de la existencia de la buena o mala fe para la indemnización en el caso de nulidad del matrimonio.

La reforma, y la eliminación de las causas para la separación o divorcio, ha tenido trascendencia en el Derecho Civil en general, en el propio concepto del matrimonio y, por supuesto en los criterios que sirven como base para la regulación de las indemnizaciones. De hecho, en materia de pensiones compensatorias, la nueva regulación introdujo la posibilidad expresa de que se estableciera la pensión de forma temporal y supone una de las reformas más importantes y la que más se ha repetido en la jurisprudencia hasta la actualidad, una de las más recientes la encontramos en **la Sentencia del TS, Sala Primera, 13 de enero de 2021, recurso 2920/2020.**

Con anterioridad a la reforma de 2005, si bien la doctrina jurisprudencial consideraba esta opción temporal, como posible fue con la reforma de 2005, cuando se introdujo de forma expresa, (sirva como ejemplo **lo dispuesto por el TS, Sala Primera, Sentencia de 09 de octubre de 2008, nº 923/2008 en su F.D.2º: (...)** *Lo primero que hay que decir es que la cuestión de si cabe establecer la pensión compensatoria con carácter temporal ha sido ya resuelta en sentido afirmativo, siempre con sujeción a las pautas que se establecen, en Sentencias de 10 de febrero y 28 de abril del presente año 2.005 , dictadas en interés casacional, habiéndose manifestado también en el mismo sentido positivo el legislador, toda vez que la Ley 15/2005, de 8 de julio , ha dado una nueva redacción al art. 97 CC estableciendo que la compensación podrá consistir en una pensión temporal, o por tiempo indefinido, o en una prestación única. (...) De la doctrina expuesta cabe concluir, sin el menor atisbo de duda, que al amparo de la normativa vigente antes de la reforma de 2005 era también posible establecer límites temporales a la pensión compensatoria, toda vez que el silencio legal existente hasta esa fecha no debe interpretarse en el sentido de que hubiera una expresa prohibición al respecto”*)

5.- SEPARACIÓN DE HECHO. TRATAMIENTO JUDICIAL DE LA SEPARACIÓN DE HECHO EN RELACIÓN CON LOS HIJOS Y LOS BIENES COMÚNES.

El propio CC reconoce la separación de hecho, que podemos definir como la situación asimilada a la separación, con cada cónyuge viviendo de forma independiente, pero sin haberse dado a conocer en sede judicial ni mediante propuesta de convenio regulador ni mediante demanda de separación contenciosa en su caso ²⁶.

Realizan la separación de facto, de forma independiente y autónoma, aunque el matrimonio de forma legal y administrativa continúa como si no existiera crisis pero internamente e incluso de forma pública está separado.

Los efectos de la separación de hecho se reconocen en el CC y en la jurisprudencia afectan a la descendencia y al patrimonio:

- ✚ Efectos sobre la presunción de paternidad
- ✚ Ejercicio de la patria potestad
- ✚ Efectos sobre el patrimonio del matrimonio
- ✚ Efectos sobre los derechos hereditarios de los cónyuges
- ✚ Efectos sobre el deber de alimentos

En primer lugar hay que decir que para que la separación de hecho efectivamente produzca efectos tiene que demostrar tener unos visos de trascendencia. Vamos a comenzar el estudio de los requisitos y los efectos que despliega con el tratamiento de la separación de hecho en referencia a los bienes comunes, en específico a la sociedad de gananciales.

²⁶ MORENO-TORRES HERRERA, M.L., “La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 4, 2015.

Existe una doctrina cohesionada y establecida, que establece los requisitos de una separación de hecho para que desarrolle sus efectos patrimoniales;

En palabras del TS²⁷, Sentencia de 24 de abril de 2019, recurso 4769/2018, F.D. 3º

“(…) si bien cabe retrotraer el momento de la disolución y extinción de la sociedad gananciales a la efectiva separación de hecho de los cónyuges, en el presente caso concluye que no se ha producido esa separación fáctica seria y prolongada que exige la jurisprudencia al mantenerse una comunidad económica o vinculación patrimonial que impide entender disuelta la sociedad de gananciales con anterioridad (…) no se constata una voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal a estos efectos, manteniendo durante dicho tiempo vínculos económicos y afectivos”.

Es decir, debe tratarse de una separación con una duración temporal suficiente. Y debe acompañarse de una voluntad de los cónyuges de romper su relación conyugal, finalizando los vínculos económicos y afectivos.

En este sentido de determinación de los requisitos de la separación de hecho para desencadenar sus efectos, siendo el principal de ellos en la práctica, *“la determinación del momento a partir del cual se procede a la disolución de la sociedad de gananciales”*²⁸, incluimos también

Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra, 4 de julio de 2002, F.D. 2º²⁹ *“(…)*

Como es sabido la jurisprudencia ha evolucionado progresivamente en torno a las separaciones de hecho.

En un primer momento se mantuvo absolutamente contraria a admitir la eficacia al convenio privado de separación, que entendía era nulo y carente de eficacia, en unos casos, por contrariar al orden público, a la Ley y a la moral, dada la obligación de convivir juntos impuesta en el art. 56 CC (SSTS 30 enero 1917, 19 diciembre 1932, 14 julio 1943, 17 junio 1948), y en otros, por suponer una alteración del régimen económico familiar, que vulneraba el principio de inalterabilidad, consagrado en el primitivo art. 1.392 CC, e implicaba una transacción prohibida por la Ley (SSTS 14 de diciembre de 1932, 17 de junio de 1949, 18 noviembre 1964, 20 de mayo de 1965).

Posteriormente la admitió como fenómeno jurídico digno de atención, reconociendo, primero, el derecho de los cónyuges separados a la prestación alimenticia y a los pactos alimentarios (SSTS 25 junio 1987, 28 febrero 1989), aún vigente el vínculo matrimonial, y teniéndola, después, como causa suficiente y válida de disolución de la sociedad de gananciales (SSTS 17 de junio 1988, 18 junio de 1986, 26 de enero de 1987), sobre la base de que “la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales, que es la convivencia mantenida hasta el

²⁷CABANILLAS SANCHEZ, A., “Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sentencias”, en *Anuario de Derecho Civil*, 2019, págs. 1515-1576.

²⁸ MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “Sobre la determinación de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en los supuestos de separación de hecho”, *Revista Actualidad Civil*, número 3, 2020.

²⁹ Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra nº 154/2001, de 4 de julio de 2002.

momento de la muerte de uno de los cónyuges".

Abora bien, esto no significa que la citada jurisprudencia admita con carácter general que la simple separación de hecho origine sin una declaración judicial previa la disolución de la sociedad de gananciales, pues esta doctrina no es posible desde un punto de vista estrictamente legal ya que del texto de la Ley 87, apartado 5º, del Fuero Nuevo se desprende que la sola separación de hecho no determina la extinción de la comunidad, que subsistirá entre los cónyuges separados hasta el pronunciamiento de la resolución judicial exigida (lo mismo se infiere de los arts. 1368, 1392 y 1393 CC, en relación con los arts 95, 82, 86 y 1.368 del mismo Texto Legal).

Más bien lo que ha pretendido la jurisprudencia es mitigar el sistema legal sosteniendo que la separación de hecho, seria, prolongada y libremente mantenida, excluye el fundamento de la sociedad conyugal fundada en la convivencia, reputando contraria a la buena fe la reclamación como gananciales comunes de bienes obtenidos o adquiridos tras esta separación " de facto " a partir de otros privativos del otro cónyuge o del trabajo o industria ejercidos por él."

Continuando con el estudio de los efectos de la separación de hecho en la jurisprudencia, **la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga de 23 de diciembre de 2013** se ha utilizado con frecuencia como base para los pronunciamientos en los que se aplica la existencia de la separación de hecho para la disolución de la sociedad de gananciales, **Fundamentos Jurídicos, 3º** ³⁰, “ (...) significa que es la separación de hecho la que determina, por exclusión de la convivencia conyugal, que los cónyuges pierden sus derechos a reclamarse como gananciales bienes adquiridos por éstos después del cese efectivo de la convivencia, siempre que ello obedezca a una separación fáctica (no a una interrupción de la convivencia) seria, prolongada y demostrada por los actos subsiguientes de formalización judicial de la separación y siempre que los referidos bienes se hayan adquirido con caudales propios o generados con su trabajo o industria a partir del cese de aquella convivencia, pues entenderlo de otra manera significaría un acto contrario a la buena fe, doctrina ésta que, no obstante, debe aplicarse con cierta cautela, sobre todo cuando ambos cónyuges siguen vinculados al cumplimiento de las cargas matrimoniales (pagos de hipotecas, gastos alimenticios, gastos de vivienda, etc.), cabiendo concluir diciendo que los presupuestos genéricos que deben concurrir para que se de entrada a la tesis defendida por la recurrente en apelación han de ser (i) la existencia de una previa y significativa separación fáctica con plena desvinculación patrimonial, (ii) que en ella concurren las notas seriedad, demostrada y prolongada, no cabiendo que se produzcan los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales como consecuencia de una separación de hecho conyugal que tan solo ha durado meses (SAP de Toledo (Sección 1ª) de 16 de mayo de 2005), (iii) que lo sea con efectiva e inequívoca voluntad de romper la convivencia conyugal, expresando en este sentido la sentencia del Tribunal Supremo de 26 de abril de 2000 que además de la separación de hecho duradera en el tiempo "requiere, como elemento indispensable, de una inequívoca voluntad de poner fin, con la separación de hecho, al régimen económico matrimonial"”

³⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga nº 754/2013, de 23 de diciembre de 2013.

A más contenido, el **TS, Auto de 27 de noviembre de 2019, en el Recurso 3430/2017, F.D. 5º**³¹, explica que: “(...) *La separación de hecho no produce como efecto la disolución del régimen, pero si dura más de un año permite a cualquiera de los cónyuges solicitar su extinción, lo que solo tendrá lugar cuando se dicte la correspondiente resolución judicial (arts. 1393.3.º y 1394 CC).*”

C) *La jurisprudencia de esta sala ha admitido que cuando media una separación de hecho seria y prolongada en el tiempo no se integran en la comunidad bienes que, conforme a las reglas del régimen económico serían gananciales, en especial cuando se trata de bienes adquiridos con el propio trabajo e industria de cada uno de los cónyuges y sin aportación del otro.*

Esta doctrina, como puso de relieve la sentencia 226/2015, de 6 de mayo, no puede aplicarse de un modo dogmático y absoluto, sino que requiere un análisis de las circunstancias del caso.[...].”

Por otro lado, en la **Sentencia 226/2015, de 6 de mayo**³², se establece lo siguiente: “[...] *Por lo que, en suma, acreditada una ruptura seria y prolongada de la relación conyugal no se exige, por innecesario, el requisito previo de la declaración judicial para declarar extinguida la sociedad de gananciales. No obstante, y esto es lo relevante en el presente caso, la doctrina jurisprudencial expuesta tampoco puede aplicarse, tal y como pretende el recurrente, de un modo dogmático o absoluto, desprovista del necesario análisis de las circunstancias del caso y del respecto al fundamento último que informa a la norma. (...) Cuestión que comportaría, entre otros extremos, una injustificada aplicación de esta doctrina en aquellos supuestos en que pese a existir una separación de hecho, no obstante, no hay o no se constata, una voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal a estos efectos, bien por razones de índole económica, o bien por razones afectivas[...].”*

En relación con los hijos el CC dispone, en su **artículo 156**, “*que la patria potestad será ejercida por aquel progenitor con el que el hijo conviva*”³³.

Este ejercicio de la patria potestad debe realizarse siempre con el enfoque del interés del menor, que es el objetivo primordial en la adopción de medidas, **en palabras del TS, Sentencia de 26 de octubre de 2012**³⁴ (aunque en dicho caso se trataba de un desplazamiento al extranjero), se argumenta: “(...) *Las acciones y responsabilidades que derivan de la patria potestad corresponden a ambos padres de tal forma que cualquiera de ellos, tanto el que tiene la guarda como el*

³¹ Auto del Tribunal Supremo nº 3430/2017, de 27 de noviembre de 2019.

³² Sentencia del Tribunal Supremo nº 226/2015, de 6 de mayo de 2015.

³³ RABADÁN SÁNCHEZ-LA FUENTE, F, *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Edición 1º, Volumen 1, Thomson, 2011.

³⁴ Sentencia del Tribunal Supremo nº 642/2012, de 26 de octubre de 2012.

que no la conserva, puede actuar en relación a sus hijos una posición activa que no solo implica colaborar con el otro, sino participar en la toma de decisiones fundamentales al interés superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto le aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio.

La patria potestad, dice el artículo 156 del Código Civil, se ejercerá conjuntamente por ambos progenitores o por uno solo con el consentimiento expreso o tácito del otro. En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos podrá acudir al Juez quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente juicio y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá sin ulterior recurso la facultad de decidir al padre o a la madre.

Supone que todos los derechos y deberes que entraña la patria potestad se han de ejercer siempre de común acuerdo por ambos progenitores y de que, en caso de desacuerdo, será el Juez quien determine cual de los dos ha de ejercer todas o algunas de las facultades que la patria potestad comporta y por cuanto tiempo, pero sin que esta intervención judicial sobre los desacuerdos de los progenitores implique la supresión de estos derechos-deberes de la patria potestad que se ejercitan en un plano de igualdad y no de subordinación.

La regla general es el ejercicio conjunto y la excepción la atribución de todas o alguna de las facultades que comporta la patria potestad a uno solo de los progenitores.

Pues bien, la guarda y custodia de los menores deriva de la patria potestad y de la patria potestad, entre otras cosas, deriva la fijación del domicilio familiar, según dispone el artículo 70 del Código Civil ,para dar cumplimiento a lo previsto en el artículo 68 del Código Civil , respecto de la obligación de vivir juntos. La ruptura matrimonial deja sin efecto la convivencia y obliga a los progenitores a ponerse de acuerdo para el ejercicio de alguna de estas facultades que traen causa de la patria potestad, entre otra la de fijar el nuevo domicilio y, como consecuencia, el de los hijos que se integran dentro del grupo familiar afectado por la ruptura coincidente por lo general con el de quien ostenta la guarda y custodia.”

Si bien no son estos todos los efectos que la separación de hecho genera, pudiendo añadir el fin de la presunción de paternidad transcurridos trescientos días de la separación de hecho (**artículo 116 CC**) y la posible eliminación del Derecho al tercio de usufructo de herencia del cónyuge premuerto, las dos cuestiones analizadas son las principales en relación con el patrimonio y los hijos, y en análisis de la jurisprudencia seleccionada arroja luz sobre los requisitos de la propia separación de hecho.

6.- PROCEDIMIENTO DE SEPARACIÓN.

Si efectivamente se llega a la conclusión de que se va a proceder a la regularización de la separación puede formalizarse con acuerdo entre las partes o sin acuerdo. Cabe en todo caso la separación de hecho como ya se ha estudiado, pero a la hora de proceder a la realización de la separación formalizada existen diferentes vías: en atención a la existencia de acuerdo o no entre los cónyuges se diferencia entre separación de mutuo acuerdo (que a su vez puede solicitarse por uno con el consentimiento del otro o por ambos conjuntamente, y en este segundo caso con postulación única o cada uno asistido por su letrado y representado por su procurador) y contenciosa. En atención a forma se puede resolver mediante sentencia, cuando el procedimiento es contencioso o de mutuo acuerdo y existen hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, o mediante decreto del LAJ o escritura pública notarial si la pretensión se formula de mutuo acuerdo y no existen hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente.

6.1. Tipología de procedimientos de separación

Dentro de las opciones posibles para la acción de separación por vía judicial hay dos tipos³⁵ básicos que a continuación desarrollamos con mayor extensión:

6.1.1. Separación de mutuo acuerdo. Requisitos y tramitación.

En estos casos ambos cónyuges se encuentran de acuerdo en el inicio del procedimiento de separación, y requiere por parte de los cónyuges una propuesta de convenio regulador.

Según lo dispuesto en el **artículo 81** del CC, en el caso de que existan hijos menores o no capacitados dependientes del matrimonio y exista acuerdo entre los cónyuges de proceder a la separación, se procederá por esta vía.

³⁵ BLANDINO GARRIDO, M. A., “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en *Mediación y derecho*, (coord. por Arturo Álvarez Alarcón, Pablo García Molina), Pamplona, 2020, págs.95-130.

Se presentará propuesta de convenio regido por las disposiciones de contenido básico que se incluyen en el **artículo 90** del CC.

Los requisitos para este tipo de procedimiento son: el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, existencia de hijos menores o mayores con la capacidad modificada judicialmente, y que exista acuerdo entre los cónyuges.

La tramitación de este tipo de procedimiento, ya sea de mutuo acuerdo o de presentación de la demanda por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, se rige por lo dispuesto en el **artículo 777** de la LECivil, con un tipo de procedimiento específico, diferente de aquellos en los que no se procede de mutuo acuerdo:

“El escrito irá acompañado de las certificaciones literales del Registro Civil de inscripción del matrimonio y del nacimiento de los hijos, y por supuesto la propuesta del convenio regulador. Aparte se podrá añadir la documentación pertinente en el que se funden sus derechos y pruebas de hechos pertinentes.

Una vez admitida el LAJ citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Si ésta no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, el LAJ acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo dispuesto en el **artículo 770**.

Contra esta resolución del LAJ podrá interponerse recurso directo de revisión ante el Tribunal.

Si se ratifican ambos pero hubiera carencia de documentación se dará un plazo de diez días para que sea completada, y se procederá al ejercicio de la prueba propuesta o considerada necesaria. Si ambos se ratifican y no hubiera problema a necesidad de prueba, o no fuera necesaria la participación del Ministerio Fiscal (en adelante MF) el Tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador.

En el caso de que no hubiera hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente será competencia del LAJ dictar el Decreto que dispondrá la separación y aprobación del convenio regulador.

Habiendo hijos menores, el convenio ratificado será trasladado al Ministerio Fiscal para que se respeten los derechos de los menores, y al efecto deberá emitir informe. Siendo favorable se acuerda la separación y se aprueba el convenio por el Juez. En caso de que el informe del Ministerio Fiscal determine la conveniencia de la modificación de alguna medida se dará traslado a las partes.

Se concederá plazo de otros diez días, donde las partes podrán realizar las alegaciones que crean convenientes, **para** proceder a las modificaciones propuestas o mantener la redacción, y de ahí el Tribunal resolverá lo que proceda mediante auto al tercer día del fin del plazo.

Si la sentencia denegara la separación, o el auto que acabamos de mencionar adoptara alguna medida que fuera diferente de lo que han propuesto los cónyuges procederá el recurso de apelación, que no tendrá efectos suspensivos.

Este procedimiento de mutuo acuerdo se aplicará también en el caso de que por acuerdo de los cónyuges o con consentimiento del otro se pretenda la modificación de las medidas adoptadas o se pretenda la propuesta de nuevo convenio regulador.”³⁶

6.1.2. Separación contenciosa. Requisitos y tramitación.

En esta situación no hay acuerdo entre los cónyuges en lo referido al inicio del procedimiento de separación. Y es el caso que se da también si los cónyuges no llegan a un acuerdo acerca de las medidas que aplicar para la regulación de la separación.

En cualquiera de los casos en los que haya falta de acuerdo de los cónyuges, se deberá proceder a la separación por la vía contenciosa, así lo dispone el **artículo 81.2** del CC.

Para el inicio de este procedimiento será necesario también que hayan transcurrido tres

³⁶ Art. 777 Ley de Enjuiciamiento Civil.

meses desde la celebración del matrimonio, excepto, y así lo encontramos en el **artículo 81.2** del CC., en el caso de que “*se acredite un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante, del otro cónyuge, o de los hijos de ambos*”³⁷.

En todos los casos con la demanda se aportará una propuesta de medidas. Se procederá a la vía contenciosa si no hay acuerdo entre los cónyuges haya o no haya hijos menores o con dependencia del matrimonio con su capacidad modificada judicialmente.

El procedimiento de las separaciones contenciosas se tramita por los trámites del juicio verbal, y la tramitación del procedimiento en sí la encontramos en el **artículo 770** de la LECivil.

El escrito de demanda de separación contenciosa irá acompañado de las certificaciones literales del Registro Civil de inscripción del matrimonio y del nacimiento de los hijos. Aparte se deberá añadir la documentación que pruebe las condiciones personales, laborales, patrimoniales, entre otras, que resulten necesarias para que el Juez decida fundadamente sobre la adopción de medidas.

Admitida la demanda, cesa el deber de convivencia de los cónyuges, se revoca todo consentimiento y poder entre los cónyuges, y por supuesto 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 RC y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil.

Por otro lado, dado traslado a la demanda a la otra parte, cabe la posibilidad de que se presente la reconvencción, pero esto sólo se permite en casos tasados que se disponen específicamente en la Ley:

- a) Cuando se funde en alguna de las causas que puedan dar lugar a la nulidad del

³⁷ Art. 81.2 Código Civil.

matrimonio.

- b) Cuando el cónyuge demandado de separación o de nulidad pretenda el divorcio.
- c) Cuando el cónyuge demandado de nulidad pretenda la separación.
- d) Cuando el cónyuge demandado pretenda la adopción de medidas definitivas, que no hubieran sido solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio.

Este apartado de la reconvencción ha tenido reflejo en la jurisprudencia, sobre todo en referencia al deber legal en estos casos de interponer la reconvencción. Entre ellas, a modo de ejemplo, **incluimos lo dispuesto en la sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara, con fecha 19 de diciembre de 2012, nº 292/2012** ³⁸:“(…) *Del contenido de la regla 2ª del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000) se deduce que, cuando el demandado (...) desee que se establezcan medidas reguladoras de tal situación que no hubiesen sido solicitadas en la demanda, y no puedan adoptarse de oficio, deberá formularse reconvencción explícita, que deberá adoptar los formalismos que para la demanda prevé el artículo 399 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000), tal y como establece con carácter general del artículo 406 del mismo texto procesal. (...) La ausencia de petición expresa en forma de reconvencción impide al tribunal entrar a conocer de la solicitud. En tal sentido se pronuncian, entre otras muchas, las sentencias de la Audiencia Provincial de Cáceres de 4 de noviembre de 2011 (Roj: SAP CC 787/2011), Audiencia Provincial de Barcelona de 6 de octubre de 2011 (Roj: SAP B 11020/2011), Audiencia Provincial de Huesca de 30 de septiembre de 2011 (Roj: SAP HU 359/2011), Audiencia Provincial de Pontevedra de 22 de septiembre de 2011 (Roj: SAP PO 2283/2011), 21 de julio de 2011 (Roj: SAP PO 1944/2011) y 16 de Septiembre del 2010 (Roj: SAP PO 2093/2010), Audiencia Provincial de Valladolid de 12 de septiembre de 2011 (Roj: SAP VA 1161/2011), Audiencia Provincial de Burgos de 6 de septiembre de 2011 (Roj: SAP BU 756/2011), Audiencia Provincial de Madrid de 14 de julio de 2011 (Roj: SAP M 9430/2011), y las de la Audiencia Provincial de Ourense 23 de febrero de 2011 (Roj: SAP OU 137/2011) 28 de marzo de 2007 (Roj: SAP OU 54/2007) 28 de marzo de 2007 (Roj: SAP OU 45/2007).*

5ª. En sentido contrario, no constituye propiamente una reconvencción implícita las peticiones que se realicen en la contestación a las demandas en procesos matrimoniales, en cuanto a medidas que deban adoptarse de oficio [regla 2ª, d) del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LA LEY 58/2000)], conforme establece la sentencia de la

³⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Guadalajara nº 292/2012, de 19 de diciembre 2012.

Sala Primera del Tribunal Supremo de 27 de enero de 2011 (Roj: STS 177/2011, recurso 665/2007).”

Si se solicitaran medidas provisionales previas a la demanda se citará a las partes a una comparecencia con la intención de promover un acuerdo y, si no se prospera el intento, se dictará auto resolviendo sobre las medidas. A la vista deberán concurrir las partes por sí mismas, asistidas de Letrado, y recibirán apercibimiento de que su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial.

Antes de la interposición de la demanda cabe la posibilidad de que el futuro demandante solicite las medidas que considere pertinentes y necesarias de las que se enumeran en los **artículos 102 y 103** del CC, y para su mantenimiento deberá interponer la demanda dentro de los treinta días siguientes a la adopción de las medidas, encuadrado en las medidas provisionales previas a la demanda, que fueron tratadas con anterioridad en este trabajo.

Las medidas se mantendrán durante todo el procedimiento, si se presenta la demanda principal en los treinta días siguientes a su adopción, y serán finalmente sustituidas por las medidas definitivas que se incluyan en la sentencia de separación, que podrá confirmarlas o modificarlas en función de lo que se haya probado en el procedimiento.

Igual que cabe la posibilidad de su modificación posterior en el caso de que haya modificaciones sustanciales de las circunstancias que aconsejaron adoptar esas medidas en esa forma concreta.

Las medidas a adoptar serán: las convenientes para los intereses de los hijos, determinando la mayor conveniencia en materia de ejercicio de patria potestad, custodia, medidas de protección ante el riesgo de sustracción de menores, determinar el uso de la vivienda³⁹ familiar y los bienes y objetos del ajuar. También se fijarán las aportaciones de cada cónyuge a los alimentos de los hijos y la pensión compensatoria, si correspondiera, y la

³⁹ SIFRE PUIG, R.F., “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 783, enero 2021, págs. 135-221.

administración de aquellos bienes privativos adscritos a cargas del matrimonio.

En todo momento, si llegaran a un acuerdo, podrá continuarse con la tramitación del procedimiento por la vía del mutuo acuerdo.

Los efectos de la separación se aplicarán desde la firmeza de la sentencia, en la que se adoptarán las medidas definitivas que habrán de regular la relación posterior entre los cónyuges, su patrimonio y su descendencia, en el caso de que la haya.

El procedimiento, que se sustanciará por los trámites del juicio verbal, finaliza con el establecimiento de las medidas que el Tribunal considere pertinentes en el caso de que no haya acuerdo entre los cónyuges o que la propuesta de medidas aportadas no sea admitida.

Asimismo, encontrando una situación de incumplimiento de las medidas establecidas, cabe la posibilidad de ejecución de la sentencia y la aplicación de multas coercitivas por parte del LAJ, procedimiento dispuesto en el **artículo 776** de la LECivil, una ejecución común a todos los tipos de separación.

Los recursos contra la sentencia no tendrán efectos suspensivos, todo ello según se encuentra regulado en el **artículo 734** de la LECivil.

6.1.3. Separación notarial.

La separación notarial, realizada ante Notario, es un tipo de separación que resulta de aplicación para aquellos casos en los que se trate de matrimonio sin hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente y que estén de acuerdo en su intención de proceder a la separación⁴⁰.

Se trata de un modelo de separación de mutuo acuerdo simplificado por la falta de sujetos implicados de especial protección, es decir, hijos menores de edad o mayores con la

⁴⁰ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Separaciones y divorcios ante notario*, Reus, 2016.

capacidad modificada judicialmente. Se puede optar también por este tipo de separación cuando existan hijos mayores de edad pero dependientes económicamente y que convivan en el hogar familiar. Igualmente debe cumplirse con el requisito de que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.

Este procedimiento de separación legal no judicial destaca y se diferencia por la rapidez y simplicidad de sus trámites.

Deberá presentarse por supuesto una propuesta de convenio regulador con las medidas que regirán sus relaciones una vez separados.

Cada uno de los cónyuges deberá ratificarse en lo dispuesto en esa propuesta y a continuación, en el que se declarará también la separación.

Si se hubiera realizado la propuesta del convenio ante el Notario, y consideran que las medidas del convenio resultan perjudiciales para alguno de los cónyuges o los hijos procederán a advertirlo y por este motivo finalizarán el expediente, y a las partes no les quedará otra opción más que acudir ante el Juez para la ratificación de su convenio⁴¹.

Los cónyuges actuarán en su propio nombre cuando cada uno de ellos confirme su voluntad de que se le apliquen las medidas propuestas, aunque deben estar asesorados por un abogado. También deberán consentir los hijos mayores o menores emancipados afectados por las medidas.

6.1.4. Intervención del Ministerio Fiscal.

La participación del MF será perceptiva emitiendo informe en el caso de que en el procedimiento de separación de mutuo acuerdo hubiera hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, y la procedencia de su informe incluirá pronunciamiento acerca

⁴¹ GUTIERREZ SANTIAGO, P., "El juego de la autonomía de la voluntad y sus límites en los convenios reguladores de la separación y del divorcio. (Su proyección sobre la "vida marital" como causa extintiva e impeditiva del derecho a pensión compensatoria)", *Liber amicorum: homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Universidad de Oviedo, 2016, págs. 375-397.

de los términos del convenio que les afecten, y cuando los menores tengan edad o juicio suficiente, si se estima procedente se les oirá. Para los procedimientos en los que se realice la acción con el acuerdo mutuo de los cónyuges no hay prueba ni juicio.

Otro momento del proceso de mutuo acuerdo en el que participa el MF es cuando se dicta sentencia que aprueba en su totalidad la propuesta de convenio. Y es que el MF será el único que pueda recurrirla, en interés de los hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente.

En los procedimientos contenciosos dispone el **artículo 749** L.Ecivil el papel del MF como parte del proceso: contesta a la demanda y propone las pruebas que considere necesarias. Será citado con los cónyuges, si hay hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, a la primera comparecencia en la que se promoverá el acuerdo entre ellos si se solicitan medidas provisionales previas a la demanda. Y también tendrá participación en la comparecencia que se generaría en caso de que se adoptaran medidas derivadas de la admisión de la demanda, en términos similares a las posibles medidas previas.

Y una vez adoptadas las medidas, habiendo hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, el MF tiene la capacidad de promover la modificación de las medidas, hayan sido adoptadas por acuerdo de los cónyuges o judicialmente por defecto de acuerdo, en el caso de que se modificaran sustancialmente las circunstancias que aconsejaron tomarlas.

Esencialmente el papel del MF en estos procedimientos tiene la finalidad de promover la protección de los menores o incapaces implicados o de sus intereses.

7. EL CONVENIO REGULADOR.

Tras la reforma de 1981 en materia de separación y divorcio fue el momento en el que el convenio regulador adquirió mayor trascendencia. En la actualidad constituye el elemento capital en la separación de mutuo acuerdo. Y supone uno de los elementos principales que prueban el enfoque actual en la voluntad de los cónyuges de la regulación de la separación y el divorcio.

La naturaleza del convenio^{42 43} en sí adopta la forma de un contrato, un negocio jurídico mixto, y esto es debido a que emana de la voluntad de las partes que quedan sujetas al cumplimiento de lo que dispone el convenio, como un contrato tradicional, con los requisitos propios de un contrato. Pero en el caso del convenio es necesario que la autoridad judicial lo apruebe para que adquiera su completa eficacia y virtualidad.

El convenio regulador es el elemento que, aprobado por la autoridad judicial en su caso, regula los efectos de la separación, los intereses y las relaciones posteriores del matrimonio. Regula las relaciones con los hijos (todos los aspectos relacionados con el ejercicio de la patria potestad, la guarda y custodia⁴⁴, incluidas visitas o estancias de los hijos menores con cada progenitor), con las propiedades, el uso y disfrute de la vivienda familiar y ajuar doméstico, y el sostenimiento y levantamiento de las cargas del matrimonio o la liquidación del régimen económico matrimonial.⁴⁵

Se convierte en la ley entre las partes que, una vez de acuerdo, se ven obligados al cumplimiento de lo dispuesto en el convenio regulador, cuando sea aprobado por la

⁴² LOURO GARCIA, M.I., “¿Es el convenio regulador escritura pública a los efectos del artículo 633 CC?”, *Revista de Derecho Civil*, Vol 2 – número 2, 2015, págs. 289-292.

⁴³ HIJAS CID, E., “El convenio regulador en la separación y divorcio notariales naturaleza, contenido y límites”, *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, número 67, 2016, págs. 134-137.

⁴⁴ ESCALONA LARA, J.M., “La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias prácticas”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre familia y menores*, número 1, 2014, págs. 59-65.

⁴⁵ TORRERO MUÑOZ, M., Cuestiones generales entorno al convenio regulador de los efectos de la separación y divorcio”, *El contenido del convenio regulador: sus diferentes aspectos*, España: Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006, págs. 19-54.

autoridad judicial, siendo necesario también para su eficacia frente a terceros que sea inscrita la separación en el RC⁴⁶, con una naturaleza similar en este sentido de publicidad a las capitulaciones matrimoniales.

El convenio deberá contener, de conformidad con lo dispuesto en el **artículo 90** CC. al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

- ✚ *“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.*

- ✚ *Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.*

- ✚ *La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.*

- ✚ *La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.*

- ✚ *La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.*

- ✚ *La pensión que conforme al **artículo 97** correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.⁴⁷”.*

Pero ésta no es una enumeración *numerus clausus* de los elementos que puede contener un convenio regulador.

Las medidas establecidas en el convenio una vez aprobado sí que resultan obligatorias, y las partes pueden acudir al juez, tanto para el caso de incumplimiento de la otra parte como

⁴⁶ DIAZ MARTÍNEZ, A., “Convenio regulador de separación o divorcio y Registro de la Propiedad”, *Aranzadi civil-mercantil: Revista doctrinal*, Volumen 1, número 3, 2011., págs. 23-34.

⁴⁷ Art. 90 Código Civil.

para su modificación si la situación de las partes se alterara sustancialmente de modo que se recomendará el cambio de las obligaciones que se han enunciado en virtud de unas condiciones concretas de las partes.

Como jurisprudencia trascendente en la materia, **señalamos una reciente sentencia del Supremo**, que considera válido y eficaz un convenio regulador acordado entre las partes⁴⁸ a pesar de no haber sido aprobado por la autoridad judicial⁴⁹, incluso afectando a hijos menores^{50 51}, **de 15 de octubre de 2018, Sentencia 569/2018, en su F.D. 1º**: “(...) *Se trata de analizar si la autonomía de la voluntad de los cónyuges despliega sobre la regulación de situaciones de ruptura conyugal en materias referentes a aspectos atinentes al contenido del art. 90 CC , es decir, los relativos a los alimentos, guarda y custodia y régimen de visitas del hijo común menor de edad.*

La doctrina jurisprudencial más reciente de la sala, contenida en la sentencia de 19 de octubre de 2015, rec. 1984/2013, otorga un gran valor a la autonomía de la voluntad de los cónyuges a efectos de regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal.

Conforme a la doctrina expuesta, es dable que los cónyuges regulen convencionalmente su relaciones tras la ruptura matrimonial, incluidas las relativas a las medidas respecto a los hijos comunes, siempre que tales acuerdos no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art 1814 del CC , que supone, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ya que en otro caso no podrían ser objeto de ejecución, por afectar a dicho interés, cuestión de orden público, cuyo control corresponde al Juzgador de Instancia.

Por tanto, que es válido el pacto suscrito por las partes en el convenio regulador privado de 22 de agosto de 2013, aun cuando no haya tenido acceso al órgano judicial para su aprobación, tras la adecuada valoración del interés del menor, realizada por el juzgador « a quo ».”

Continuando con lo que dispone en el F.D.2º⁵²:

“(...) Las sentencia 572/2015, de 19 de octubre, y de 24 de junio de 2015, rec. 2392/2013, citadas por el

⁴⁸ MORENO VELASCO, V., “El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad”, *Diario: La Ley*, número 7609, 2011.

⁴⁹ MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “La eficacia del convenio regulador: la falta de ratificación o de aprobación judicial”, *Revista Actualidad Civil*, número 12, 2019.

⁵⁰ PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C., “Convenio regulador en separación o divorcio: eficacia del no sometido a aprobación judicial.”, *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*, Número 215, 2018.

⁵¹ ORTEGA DOMÉNECH, J., “Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 15 de octubre de 2018 (569/2018)”, *Revista-derecho v/ lex*, 2018, págs. 149-163.

⁵² Sentencia del Tribunal Supremo nº 569/2018, de 15 de octubre de 2018.

Ministerio Fiscal, tampoco se compadecen fácticamente con el supuesto aquí enjuiciado, sin bien se alinean con la doctrina de la sala, recogida en todas las precedentes, sobre la relevancia que se confiere a la autonomía de la voluntad de los cónyuges en orden a regular u ordenar situaciones de ruptura conyugal. Se afirma que: «En el profundo cambio del modelo social y matrimonial que se viene experimentando (artículo 3.1 del Código Civil) la sociedad demanda un sistema menos encorsetado y con mayor margen de autonomía dentro del derecho de familia, compatible con la libertad de pacto entre cónyuges que proclama el art. 1323 C. Civil , a través del cual debe potenciarse la facultad de autorregulación de los cónyuges (art. 1255 C. Civil) que ya tiene una regulación expresa en lo que se refiere a los pactos prematrimoniales.(...) Los acuerdos sobre medidas relativas a hijos comunes, menores de edad, serán válidos siempre y cuando no sean contrarios al interés del menor, y con la limitación impuesta en el art. 1814 CC , esto es, que no cabe renunciar ni disponer del derecho del menor a la pensión de alimentos, ni puede compensarse con una deuda entre los progenitores, ni someterse condicionalmente en beneficio de los menores. En consecuencia, la sentencia recurrida no contradice la doctrina de la sala, pues respeta el interés del menor al valorar el acuerdo en cuestión, tanto de alimentos ordinarios como de gastos extraordinarios por tal concepto.

Los cónyuges redactaron de mutuo acuerdo un convenio regulador con la finalidad instrumental de presentarlo con la demanda de divorcio, convenio que fue suscrito por ambos.”

Pero con otro enfoque tiene también interés señalar la posibilidad de la validez de un convenio que no haya sido ratificado por las partes ⁵³, que también ha sido tratado por el **TS en Sentencia reciente, del 07 de noviembre de 2018, nº 615/2018, F.D. 2º: (...)** *el punto nuclear del recurso consiste en determinar la validez del convenio regulador no ratificado por los cónyuges o litigantes y su condición de negocio jurídico en materia de derecho de familia, debiendo concretarse si a tenor de todo ello tiene fuerza de obligar tal y como entiende esta parte y ha referido en reiteradas ocasiones la jurisprudencia del Tribunal Supremo, y tiene fiel reflejo igualmente en sentencias de las Audiencias Provinciales, y el alcance de esa fuerza de obligar como negocio jurídico en materia de derecho de familia (...)*

Y el **F.D. 3º** ⁵⁴:

“(…) Sin embargo, en el supuesto que se enjuicia, y según se ha titulado en el encabezamiento de estefundamento de derecho, lo que se plantea es la validez del convenio regulador no ratificado por los cónyuges, bien entendido que se trata de un convenio que se generó como propuesta de convenio regulador para presentar en proceso matrimonial y que, iniciado éste, no fue ratificado por el Sr. Felicísimo, que sí lo había suscrito con tal finalidad.

La sentencia 325/1997, de 22 de abril, que con tanta reiteración se cita por los tribunales, tiene por objeto, como

⁵³ ARRÉBOLA BLANCO, A., “La eficacia del convenio regulador en los procesos matrimoniales. Comentario a la STS de España, núm. 615/2018, de 7 de noviembre.”, *Revista Boliviana de Derecho*, número 28, 2019, págs. 458-467.

⁵⁴ Sentencia del Tribunal Supremo nº 615/2018, de 7 de noviembre de 2018.

cuestión jurídica esencial, la naturaleza del convenio regulador en las situaciones de crisis matrimonial, contemplado y previsto su contenido mínimo en el art. 90 CC, que no ha obtenido la aprobación judicial.

En principio, según la sentencia, debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como conditio iuri determinante de su eficacia jurídica.

Por tanto, precisa que cuando es aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que ello conlleva, pero, si no hubiese llegado a ser aprobado judicialmente, no es ineficaz sino que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico.

La falta de ratificación, y por ende de homologación, le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal como negocio jurídico.

Reitera esa doctrina la sentencia 1183/1998, de 21 de diciembre, que reconoce que en aquellas cuestiones afectadas por la separación o el divorcio que no sean indisponibles, como son las económicas o patrimoniales entre los cónyuges, los convenios que se establezcan tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el art. 1261, siendo la aprobación judicial que establece el art. 90 CC un requisito o conditio iuris de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia.

5.- Descendiendo al supuesto enjuiciado, y en aplicación de la anterior doctrina, el convenio regulador de fecha 6 de octubre de 2015, al no haber sido ratificado por el Sr. Felicísimo, carece de eficacia jurídica para formar parte del proceso de divorcio de mutuo acuerdo y, por ende, para quedar integrado, tras su homologación, en la resolución judicial con toda la eficacia procesal de fuerza ejecutiva que ello conlleva”

Estas dos sentencias tienen una importancia capital porque delimitan la verdadera eficacia del convenio regulador; la eficacia que puede tener sin pasar por la ratificación judicial y la eficacia que desarrollan si no es ratificado por los cónyuges. La suma de las dos sentencias da una imagen real y completa de la naturaleza jurídica que tiene el convenio regulador. Un negocio jurídico del derecho de familia, un contrato con un refuerzo de formalidad por parte de la autoridad judicial, que siempre que no vaya en contra de la legalidad o perjudique los intereses de los posibles menores implicados, pone por delante la voluntad de los cónyuges en la regulación de sus propias relaciones.

8. EFECTOS SOBRE LOS DESCENDIENTES DEL MATRIMONIO. PATRIA POTESTAD, CUSTODIA Y CONTRIBUCIÓN A LOS ALIMENTOS.

El hecho de que un matrimonio tenga descendencia cambia sin duda las condiciones y el nivel de protección aplicable a los afectados por sus decisiones.

Lo primero que debemos considerar a la hora de valorar el hecho de que haya descendientes es que si son menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, es decir, si hay menores o con la capacidad modificada judicialmente en el procedimiento se tendrá que declarar la separación o dirimir en sede judicial, y también determinará la participación del MF como instrumento del garante de los derechos de los descendientes.

Por otra parte, existiendo hijos se hace necesario no sólo determinar la forma en la que se va a ejercer la patria potestad⁵⁵, que como ya hemos reseñado en este trabajo de forma general en el CC se considera que es ejercitada por el progenitor que conviva con el hijo, aunque mantengan ambos su titularidad.

También es necesario determinar el ejercicio de la custodia y los derechos de estancia con los menores y visitas, que tras las últimas reformas del CC incluye también el derecho de pasar tiempo de los abuelos con sus nietos.

La patria potestad⁵⁶ generalmente va a ser compartida, sin perjuicio de su ejercicio ordinario por quien esté con los menores en cada momento, mientras que la custodia puede atribuirse a uno de los progenitores, con derecho de visitas a favor del otro, o a ambos de forma compartida, regulando en este caso el tiempo de estancia de padre y madre con sus

⁵⁵ MONFORT FERRERO, M.J., *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, págs. 1683-1703.

⁵⁶ MONFORT FERRERO, M.J., op.y loc.,cit.

hijos.

La postura del TS con respecto a la custodia compartida tiene un pronunciamiento muy reseñable en Sentencia 630/2018, de 13 de noviembre dice:*"(...) El sistema de custodia compartida no conlleva un reparto igualitario de tiempos sino que pretende un reparto lo más equitativo posible y atemperado con la diversidad de las jornadas laborales de los progenitores."*

Y como establecimiento de la doctrina de prevalencia en todo caso del interés del menor a la hora de establecer los regímenes de guarda y custodia **nos remitimos al TS en Sentencia de 29 de marzo de 2016**⁵⁷: *«(...) Es doctrina reiterada en el sentido de que en los casos en que se discute la guarda y custodia compartida solo puede examinarse si el Juez a quo ha aplicado correctamente el principio de protección del interés del menor, motivando suficientemente, a la vista de los hechos probados en la sentencia que se recurre, la conveniencia de que se establezca o no este sistema de guarda (SSTS 614/2009, de 28 septiembre , 623/2009, de 8 octubre , 469/2011, de 7 julio , 641/2011, de 27 septiembre y 154/2012, de 9 marzo , 579/2011, de 22 julio , 578/2011, de 21 julio , 323/2012, de 21 mayo y 415/2015, de 30 de diciembre). La razón se encuentra en que "el fin último de la norma es la elección del régimen de custodia que más favorable resulte para el menor, en interés de este" (STS 27 de abril 2012 , citada en la STS 370/2013). El recurso de casación en la determinación del régimen de la guarda y custodia no puede convertirse en una tercera instancia, a pesar de las características especiales del procedimiento de familia(..).»*

En lo que se refiere a la aportación a los alimentos se determinará la proporción de su aportación en el convenio regulador, pero siempre con la idea de que los progenitores, ambos, deben participar en la obligación de mantenimiento que tienen respecto de sus descendientes, mientras no tengan capacidad de ser independientes.

El deber de alimento y sostén de los menores por parte de sus padres, cuya proporción y cuantía debe ser determinada en el convenio regulador, o en la sentencia si no existiera acuerdo y estableciera ésta las medidas, es de necesaria regulación en la separación. Para la cuantificación resulta siempre prevalente para los Tribunales la máxima de aplicar la opción

⁵⁷ Sentencia del Tribunal Supremo nº 194/2016, de 29 de marzo de 2016.

que promueva más el interés del menor^{58 59}. A este particular se pueden mencionar Sentencias como la del **TS, de 15 de octubre de 2018, número 569/2018, F.D. 1º**: “(...) *Teniendo en cuenta el tratamiento jurídico que merecen los alimentos debidos a los hijos menores de edad, sancionado constitucionalmente en el art. 39.3 CE, así como el interés superior del menor, el pago de prestación de alimentos del menor no puede hacerse depender del cumplimiento o no por la madre de éste de otras estipulaciones del convenio. En ambas cuestiones la sentencia recurrida ha valorado acertadamente el interés superior del menor*”

Y también incluimos, por lo pragmático de sus pronunciamientos, lo que se dispone por la **Audiencia Provincial de Valencia en la Sentencia número 45/2019, de 28 de enero, F.D. 4º**⁶⁰: “(...) *ha de indicarse que la asistencia debida a los hijos durante su minoría de edad dimana de la patria potestad, generadora tanto de derechos como de obligaciones paterno-filiales - artículos 110 y 154.1 y concordantes del Código Civil -, estableciendo el primero de estos preceptos: "el padre y la madre, aunque no ostenten la patria potestad están obligados a velar por los hijos menores y a prestarles alimentos", recogiendo en el 154.1 dentro de los deberes de la patria potestad el de alimentar a los hijos menores, ya sean procreados dentro o fuera del matrimonio, deber éste que, por tanto, deriva del hecho mismo de la filiación, y según el artículo 92 del mismo texto legal, la separación matrimonial no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos, debiendo cada progenitor contribuir a satisfacer los alimentos de éstos, estableciendo el artículo 93 del mismo texto legal 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.*

A efectos de la fijación de alimentos, lo que el art. 146 del CC tiene en cuenta no es rigurosamente el caudal de bienes de que pueda disponer el alimentante, sino simplemente, la necesidad del alimentista, puesta en relación, con el patrimonio de quién haya de darlos, cuya apreciación de proporcionalidad, viene atribuida al prudente arbitrio del Tribunal Sentenciador de instancia (SSTS 6 febrero 1942, 24 febrero 1955, 8 marzo 1961 20 abril 1967, 2 diciembre 1970 9 junio 1971 y 16 noviembre 1978) relación de proporcionalidad que en todo caso queda difuminada en el margen de cobertura de las necesidades (alimentación, vestidos, educación ocio, etc., en cuanto elementos integrantes del concepto jurídico de alimentos) del alimentista integrantes del llamado "mínimo vital" o mínimo imprescindible para el desarrollo de la existencia del mismo en condiciones de suficiencia y dignidad”.

⁵⁸CASTILLEJO MANZANARES, R., “Guardia y custodia de hijos menores las crisis matrimoniales y de parejas de hecho: procesos declarativos especiales en la LEC”, *Diario: La Ley*, 2007.

⁵⁹BERROCAL LANZAROT, A.I., “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 746, 2014, págs. 3284-3314.

⁶⁰ Sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia nº 45/2019, de 28 de enero de 2019.

Tanto el reparto de la custodia como la determinación de los conceptos y cuantías incluidos en los alimentos y la proporción de la contribución a los mismos se determinarán necesariamente, tanto en sede judicial si la separación es contenciosa, como por parte de los propios cónyuges en el convenio regulador si es de mutuo acuerdo con la prioridad siempre del interés del menor.

Este deber de aportación también tiene en consideración la participación en la vida del menor no solamente a través de la aportación económica mensual. La forma en la que se ejerza la custodia, ya sea de forma exclusiva por uno de los progenitores o por ambos en común, también constituye una participación y sostén en la vida de los hijos.

De esta forma, atribuyéndose la custodia a uno de los padres en solitario será el otro el que deberá aportar al progenitor custodio metálico para hacer frente a los alimentos de los hijos. Y si se compartiera la custodia, la aportación de ambos a los gastos de alimentos puede ser también a partes iguales, pero debe señalarse que, habiendo diferencias relevantes de ingresos entre los progenitores, se tendrá en cuenta como elemento de valoración a la hora de determinar la proporción de aportación a los alimentos, incluso establecerse pensión a favor del que tenga menos medios.

Todas estas medidas siempre que las condiciones se modifiquen serán objeto de reajuste, con la intención de que la vida de los menores mantenga las condiciones que tenía con carácter previo a la separación, y en atención a los medios de quien los da y las necesidades de quien los recibe.

9. EFECTOS SOBRE LA VIVIENDA COMÚN. USO Y CONTRIBUCIÓN A LAS CARGAS.

Es objeto de acuerdo entre las partes el hecho de la atribución del uso de la vivienda común cuando media convenio entre los cónyuges para la separación. Pero en el caso de falta de acuerdo entre los cónyuges, según dispone el **artículo 96** del CC, el uso de la vivienda familiar, y los objetos, que se entiende como el ajuar doméstico de la vivienda familiar, corresponde al cónyuge que conviva con los hijos. Hablamos de uso como la capacidad de residir y disfrutar de la vivienda, diferente del concepto en el que se tiene la propiedad de la vivienda, ya sea de uno de los cónyuges o de ambos. El reparto de la propiedad se dirime en la liquidación del régimen económico matrimonial.

Y esto también tiene como enfoque el fomento del interés menor, que como ya hemos tratado en este trabajo, constituye el objeto principal en la interpretación de las medidas aplicables.

Pero cabe la posibilidad de que se separen los hijos, conviviendo una parte con un padre y otros con el otro, en este caso el **artículo 96 CC** dispone que será el Juez el que decidirá lo que estime procedente.

Pero en el caso de no haber hijos se tendrá en cuenta las circunstancias de cada cónyuge, incluso permitiéndose el uso por parte del cónyuge no titular, y el que esté más necesitado de protección será el que disponga del uso de la vivienda y los bienes de uso adscritos, durante el tiempo que se estipule necesario.

Se entiende también que el uso se podrá decidir siempre que los cónyuges quieran mantener la situación de condominio sobre la vivienda, si es que fuera ganancial o adquirida en común por los cónyuges, y que en todo caso no se puede forzar a mantener un condominio, doctrina más que asentada, presente por ejemplo en Sentencia como la de la **Audiencia Provincial de Huelva, de 31 de marzo de 2010, nº 78/2010.**

Las dos situaciones ⁶¹ que pueden generar más complicaciones en referencia con el uso de la vivienda que se estaba disponiendo como base de la vida familiar son:

La posibilidad de que la vivienda no sea propiedad de los cónyuges sino de un familiar, de forma más habitual son los padres de los cónyuges que adquieren la vivienda y la ceden para su uso como vivienda familiar. En este caso de lo que se trata es de determinar cuáles son los derechos de reclamación de dicha vivienda que asisten a los propietarios originales, y **en palabras del TS, Sentencia número 772/2010, de 22 de noviembre de 2010**, "(...) *para resolver la cuestión de la procedencia de la reclamación del propietario o titular de una vivienda que está siendo usada por un familiar para su utilización como domicilio conyugal o familiar, se debe analizar cada caso en concreto si ha existido o no un contrato entre las partes, particularmente un contrato de comodato, caracterizado por la cesión gratuita de la cosa por un tiempo determinado o para un uso concreto*".

Así, para justificar en estos casos la atribución del uso de la vivienda debe existir una cesión formalizada por los medios legales y formales necesarios para ello y, en caso de que no sea así, no procederá resolver sobre ese punto, remitiéndonos de nuevo a lo que dispone el **TS, según señala la Sentencia de la Sala Primera número 160/2013, de 14 de marzo de 2013**, en el sentido siguiente: "(...) *Como sienta la sentencia del pleno de esta Sala de 18 de enero de 2010 (recurso 1994/2005): «Cuando se trate de terceros propietarios que han cedido el inmueble por razón del matrimonio, salvo que exista un contrato que legitime el uso de la vivienda, la relación entre los cónyuges y el propietario es la de un precario. Debe enfocarse el tema desde el punto de vista del derecho de propiedad y no del derecho de familia, porque las consecuencias del divorcio/separación no tienen que ver con los terceros propietarios».* Sigue diciendo la sentencia, como ya se manifestó, que «esta solución ha sido mantenida por la jurisprudencia desde la sentencia de 26 diciembre 2005. Por demás, esta doctrina ya reiterada ha vuelto a ratificarse en otra sentencia del Pleno de esta Sala, de fecha 14 de enero de 2010 (recurso 5806/2000)".

El segundo caso que podemos considerar problemático para la determinación de la atribución del uso y disfrute de la vivienda común, continuando con el caso de que no sean propietarios de la vivienda, es la situación en la que se hallan si la vivienda

⁶¹ HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., "Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, una propuesta de lege ferenda", *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, número 16, 2017.

familiar está disfrutada en carácter de arrendamiento. A este particular citamos la Sentencia de la **Audiencia Provincial de Barcelona, de 11 de octubre de 2013, número 474/2013, F.D. 2º** :(..) *SEGUNDO* .- Dice el artículo 15 de la Ley de Arrendamientos Urbanos de 1.994 (anterior a la reforma operada por Ley 4/2.013, de 4 de junio):

" 1. En los casos de nulidad del matrimonio, separación judicial o divorcio del arrendatario, el cónyuge no arrendatario podrá continuar en el uso de la vivienda arrendada cuando le sea atribuida de acuerdo con lo dispuesto en los arts. 90 y 96 CC .

2. La voluntad del cónyuge de continuar en el uso de la vivienda deberá ser comunicada al arrendador en el plazo de dos meses desde que fue notificada la resolución judicial correspondiente, acompañando copia de dicha resolución judicial o de la parte de la misma que afecte al uso de la vivienda."

En las sentencias dictadas por esta sección cuarta en fechas 15 de marzo de 2.011 y de 21 de febrero de 2.012 dijimos:

"Esta sección ha señalado, en anteriores resoluciones, que la crisis matrimonial, deja inalterado el contrato de arrendamiento suscrito en su día entre las partes, con la única particularidad de que se produce una disociación entre el usuario de la vivienda y, en su caso, el firmante del contrato.

Las relaciones entre arrendador y arrendatario se mantienen en la misma forma que antes de la crisis matrimonial, excepto el derecho de uso de la vivienda; surgen, así, unas relaciones entre arrendador y usuario, que son las propias del derecho de uso que por resolución judicial se le ha atribuido a éste; y en cuanto a las relaciones entre arrendatario y usuario, es evidente que está facultado éste -el poseedor material del objeto del contrato-, para abonar directamente las rentas en cuya ineffectividad se sustente un posible desahucio por impago de rentas, pudiendo repetir frente al otro cónyuge "

Así, el contrato subsiste pasando a ser arrendatario el cónyuge que quede con el uso de la vivienda atribuido, y deberá comunicarlo al arrendador en el plazo de dos meses.

También, entre los deberes y obligaciones que existen entre los cónyuges una vez producida la separación, está lo conocido como la aportación a las cargas del matrimonio, que resultan en un concepto diferente a los alimentos de los hijos, y cuyos conceptos no resultan pacíficos en la jurisprudencia, y para los que, por supuesto resulta fundamental señalar que, afectando las cargas a los bienes comunes, se debe tomar en consideración, en su caso, la proporción que corresponde a cada conyuge con respecto a la propiedad de los mismos. También resulta de consideración el hecho de que la aportación de las cargas se haga por ejemplo sobre un inmueble que está disfrutando el otro cónyuge. A estos efectos citamos un caso en el que se trata esta cuestión por parte de la **Audiencia**

Provincial de Murcia, de 06 de julio de 2005, nº 206/2005, F.D. 4º:“(…) En lo que sí coincide este Tribunal con el apelante es en la improcedencia de que el esposo pague el préstamo que pesa sobre un bien de propiedad y uso exclusivo de la esposa, aunque sea el domicilio familiar. Sin dejar de reconocer que el contenido de las llamadas "cargas del matrimonio" es discutido en la doctrina y la jurisprudencia, lo que es cierto es que, en lo esencial, todos coinciden en que comprende aquellas prestaciones dedicadas a la satisfacción de las necesidades de los hijos y de los cónyuges, por lo que, en principio, cabría incluir en él las derivadas de la vivienda común, al responder a una necesidad básica de uno de los miembros de la familia. Sin embargo aquí no debe aceptarse, pues, como ya señalamos en nuestra sentencia 288/03, de 6 de octubre , el pago por parte del esposo de la hipoteca que grava un bien privativo de la esposa implicaría que esta, pese a la separación conyugal y a la disolución de la sociedad ganancial, continuaría enriqueciéndose con el trabajo de aquel, participando en sus ganancias, de suerte que el destino final de esos pagos no sería propiamente la familia sino el patrimonio de la esposa, que se enriquecería. A mayor abundamiento, debe destacarse que, tras la ruptura, la obligación de procurarse vivienda incumbe en principio a cada uno de los cónyuges”.

Para finalizar este apartado, señalamos que **jurisprudencia reciente trata la cuestión, en especial en materia de hipoteca, no como cargas sobre bienes comunes, sino como materia de liquidación del régimen económico matrimonial.** Sin embargo, contempla también, autos como el que ahora reseñamos, que sea la hipoteca materia de convenio regulador. A este particular citamos el **Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz, de 11 de septiembre de 2019** ⁶²: “(…) PRIMERO.- En relación con la reclamación de la parte de cuota hipotecaria que le corresponde abonar al ejecutado ya esta Sala de modo reiterado ha venido señalando que cuando la sentencia ha recaído en un proceso de mutuo acuerdo y el pacto incluya esta obligación, al tratarse de una cuestión de derecho dispositivo libremente concertada por las partes, se ha de entender que forma parte del contenido obligacional de la sentencia y, en consecuencia, puede ser exigido el cumplimiento en la forma pactada en sede de ejecución de la resolución dictada en el proceso especial de familia. (...) Sin embargo, aun cuando es cierto que a falta de convenio no suele incluirse dicha obligación de pago en la sentencia, pues es innecesaria por cuanto que se regula por el título constitutivo del préstamo hipotecario, y los correspondientes reembolsos pueden hacerse efectivos en el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial y, en todo caso, a través del juicio ordinario, no es absolutamente ajena dicha cuestión al ámbito de la resolución en el proceso de familia, por más que el Tribunal Supremo considere que no se trata de una carga familiar el pago de dicha cuota. Una cosa es que no sea una carga matrimonial, lo que está claro, por lo dicho y otra bien distinta es que se haya contemplado en el convenio aprobado por la resolución judicial firme.

(…) (En referencia a los artículos 91 y 103 CC) **A tenor de la redacción de este precepto consideramos que aún cuando no se suele ahora adoptar una decisión judicial en el sentido**

⁶² Auto de la Audiencia Provincial de Cádiz nº 199/2019, de 11 de septiembre de 2019.

*de fijar quien ha de abonar la hipoteca de la vivienda familiar sencillamente porque ello está así contemplado por el título de su constitución y el TS considera que no se trata de una carga del matrimonio sino de la sociedad de gananciales, ni que decir tiene que sí que se puede aprobar un convenio(y de hecho es muy normal) en el que se contemple esa medida de pago al 50 por ciento, que en definitiva no es sino una forma de administrar el bien ganancial dividiendo el pago de la obligación concertada por ambos con el Banco o entidad correspondiente y obligándose uno frente al otro de cara al cumplimiento de dicha obligación, en principio y externamente, solidaria frente al acreedor hipotecario. Esa medida constituye un acto de administración en tanto se liquida la sociedad de gananciales, es más, en la gran mayoría de los supuestos es el único bien ganancial existente, y desde luego no es ajena al contenido de las medidas que en el ámbito económico han de adoptarse de cara a regular la quiebra de la vida familiar. **Es más, tiene por finalidad, también, proteger al cónyuge que ocupa la vivienda y, sobre todo, a la prole frente a una eventual ejecución hipotecaria, evitando que el cónyuge no ocupante pueda, mediante el impago de su cuota, forzar un lanzamiento de la contraparte.** Por lo expuesto y habiéndose en este caso pactado así por las partes el pago por mitad, aprobado dicho pacto y el convenio por sentencia judicial, el título judicial debe ser ejecutado en sus propios términos ya que la sentencia que se ejecuta obligó al demandado al pago de la mitad de la misma. En consecuencia, la ejecución debe incluir o abarcar también las cantidades correspondientes a la mitad de la cuota del préstamo hipotecario que grava la vivienda familiar”.*

10. EFECTOS POR LA EXISTENCIA DE DESEQUILIBRIO ECONÓMICO.

Tradicionalmente se ha procurado la protección de aquel de los cónyuges que, con la finalización del vínculo matrimonial o la convivencia, quedara en peor situación económica, evaluando los medios de subsistencia de cada miembro del matrimonio y estableciendo la posibilidad de que ese posible desequilibrio se resarza.

A la hora de regular la posición y los deberes mutuos de cada uno de los cónyuges en la situación de la separación deberá en primer lugar considerarse el rol que cada uno de ellos ha desempeñado durante la efectiva duración del matrimonio.

Ese nivel de aportación puede estar constituido por prestaciones económicas que se obtengan mediante la actividad laboral, profesional o de creación de rentas del cónyuge, y que se destinan al sostenimiento del matrimonio y los descendientes.

La referencia principal en la regulación en materia de desequilibrio la encontramos en el **artículo 97** del CC, que determina el deber de compensar con una pensión en el caso de que con el cese de la convivencia se produzca desequilibrio económico.

Este desequilibrio cuando existe tiene como efecto principal el establecimiento de una compensación, bien sea de forma periódica o con una prestación única, y la naturaleza de la compensación en sí se ha tratado por la jurisprudencia.⁶³

En palabras del TS, en sentencia 864/2010, de 19 de Enero: “a) la pensión no es un mecanismo indemnizatorio (10-3 y 17-7-09), y b) la pensión compensatoria no constituye un mecanismo equilibrador de patrimonios de los cónyuges (SSTS de 10 febrero 2005, 5 noviembre 2008 y 10 marzo 2009). Se puede resumir la doctrina de esta Sala en argumentos de la sentencia de 10 febrero 2005 : La pensión compensatoria es pues, una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo

⁶³VERDA Y BEAMONTE, DE, J.R., “Sobre el desequilibrio económico en materia de pensión compensatoria: algunas novedades jurisprudenciales. Comentario a las SSTS núm. 495/2019, de 25 septiembre 2019, núm. 100/2020, de 12 febrero 2020, y 29 junio 2020 (rec. 3672/2019)”, *Revista Boliviana de Derecho*, número 31, 202, págs. 620-633.

reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, -que ha de ser apreciado al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma-, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio. Su naturaleza compensatoria del desequilibrio la aparta de la finalidad puramente indemnizatoria (entre otras razones, porque el artículo 97 del Código Civil no contempla la culpabilidad del esposo deudor como una de las incidencias determinantes de su fijación), y del carácter estrictamente alimenticio que tendría si la prestación viniera determinada por la situación de necesidad en que se encontrara el cónyuge perceptor, lo que hace que esta Sala haya admitido la compatibilidad de la pensión alimenticia y de la compensatoria (Sentencia de 2 de diciembre de 1987 :«... todo ello con independencia de la facultad de pedir alimentos si se cumplen los requisitos legales como derecho concurrente (arts 142 y ss. CC)»).[...].»

Por otra parte, entre los deberes de los cónyuges durante el matrimonio, existe un deber de alimentos mutuo.

Este deber de alimentar y sostener, es uno de los componentes de la relación matrimonial, y siempre que no se elimine ese vínculo subsistirá ese deber de alimentos entre los cónyuges, la propia jurisprudencia considera que no contemplándose la finalización del deber de alimentos con la separación según la lectura de los preceptos del CC, habrá que valorarse la existencia de desequilibrio económico y las condiciones de aportación de los cónyuges al sostén del matrimonio y su proporción.

10.1. La pensión compensatoria y la compensación económica en la separación de bienes.

Diferente de ese deber de alimentos entre cónyuges durante el matrimonio antes reseñado es la pensión compensatoria y la posibilidad de compensación económica cuando el matrimonio tiene régimen de separación de bienes, sea en una única entrega o mediante una compensación efectuada de forma periódica. Se tendrá en consideración lo que los cónyuges propongan o consideren adecuado.

La pensión compensatoria es una de las materias que con más frecuencia ha sido tratada por doctrina y jurisprudencia.

Lo primero que se debe establecer es que, para que exista la posibilidad de establecer una pensión, se parte de un enfoque subjetivo, es decir, es necesario que con el cese de la convivencia, ya sea por el divorcio o la separación, se haya producido un detrimento en las condiciones económicas vitales de uno de los cónyuges. Todo esto parte de lo dispuesto en el **artículo 97** del CC.

La determinación de la cuantía y de la forma en la que se va a compensar⁶⁴ ese desequilibrio, ya sea mediante el establecimiento de una pensión periódica o una prestación única, dependerá de las pruebas que justifiquen la efectiva existencia de desequilibrio, y no será motivo de su denegación el hecho de que el cónyuge reciba ingresos propios, sino que el motivo determinante es la existencia de un desequilibrio⁶⁵.

En estudios como el realizado recientemente por Don Ángel Luis Campo Izquierdo⁶⁶ se ha destacado el tratamiento de la pensión compensatoria por la jurisprudencia, que ha sido profuso y sostenido a lo largo del tiempo. Vamos a destacar una serie de pronunciamientos que, constituyendo una doctrina consolidada, se consideran la base para la determinación de la pensión compensatoria, estableciendo sus diferencias con la compensación económica del art. 1438 CC:

El TS declara, el 26 de abril de 2017, en la sentencia número 252/2017, que:

“Mediante la pensión compensatoria se cuantifica el desequilibrio que tras la separación o divorcio se produce en uno de los cónyuges, valorando la pérdida de oportunidades profesionales y teniendo en cuenta como uno más de los criterios la "dedicación pasada y futura a la familia".

"Por otro lado, la compensación del art. 1438 del C. Civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares.

"La pensión compensatoria se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro.

⁶⁴ VIVES, I., “La pensión compensatoria: ¿cuándo procede, cómo se calcula y cuando se puede solicitar su extinción?”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 960, 2020, pág. 10.

⁶⁵ BERROCAL LANZAROT, A.I., “Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 5 bis, 2016.

⁶⁶ CAMPO IZQUIERDO, A.L., “La pensión compensatoria a través de las sentencias del Tribunal Supremo de la última década”, *Revista Actualidad Civil*, número 11, 2020.

"Por su parte, en base al art. 1438 C. Civil, solo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar.

"La pensión compensatoria del art. 97 del C. Civil se otorga en consideración a la contribución pasada a la familia, pero también valorando la dedicación futura a los hijos, en su caso, para apreciar la posible existencia de desequilibrio económico."

Por su parte, sentencias posteriores, también **del TS, de 11 de diciembre de 2019, núm. 658/2019 en su F.D. 4º** declaran que: “ (...) *"Sin embargo, la compensación del art. 1438 C. Civil no se establece en consideración a la dedicación futura a la familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo"*.

De la doctrina expuesta resulta que la pensión compensatoria del art. 97 del CC no es incompatible con la compensación liquidatoria del régimen de separación de bienes del art. 1438 CC, de manera tal que cabe fijar la cuantía de ambas y ser conjuntamente percibidas por el cónyuge acreedor. Mientras que la compensación del 1438 del CC, lo que valora es la dedicación pasada a la familia por el trabajo para la casa, la pensión compensatoria del art. 97 del CC, tiene en cuenta tanto la pasada como la futura, tras la disolución del vínculo matrimonial. Ésta se basa en el desequilibrio económico en relación a la posición del otro cónyuge, que implica un empeoramiento en su posición anterior en el matrimonio, mientras que el art. 1438 CC pretende compensar la aportación al levantamiento de las cargas familiares, que no deja de constituir una obligación de ambos consortes proporcionalmente a sus ingresos y/o posibilidades (arts. 1318 y 1438 CC). La pérdida de oportunidades laborales es contemplada en la apreciación del desequilibrio económico y en la cuantificación de la pensión compensatoria.

Como señala la STS 495/2019, de 25 de septiembre, con respecto a la pensión compensatoria: "[...] el desequilibrio que debe compensarse ha de 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. (STS. 18 de noviembre de 2014, recurso 1695/2013 , 13 de julio de 2014, recurso 79/2013, entre otras)". En el mismo sentido, la STS 704/2014 de 27 de noviembre."

Sin embargo, en materia de compensación económica tras la ruptura conyugal no sólo se aplica el **artículo 97** del CC., también se puede reconocer la compensación del **artículo 1438** del CC en la liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes pues, según se ha mantenido por la jurisprudencia, son aplicables ambas simultáneamente dado que no son incompatibles.

La sentencia ya reseñada del TS, de 11 de diciembre de 2019 (número 658/2019) incluye un pronunciamiento ⁶⁷ muy completo en materia de compensación económica, hace una referencia concreta al trabajo doméstico y su cuantificación. La valoración de esta sentencia resulta de capital importancia, pues hace un ejercicio de referencia de jurisprudencia trascendente, y **en su F.D. 3º** ⁶⁸ dispone: “Este artículo 1438 CC tiene su fuente inspiradora en la Resolución (78) 37, del Consejo de Ministros de la Unión Europea, adoptada el 27 de septiembre de 1978, durante la reunión 298, en la cual, en su apartado III, concerniente a las relaciones patrimoniales entre los cónyuges, nº 8 i) establece que:

"Las cargas familiares sean soportadas por ambos cónyuges en común, con arreglo a las posibilidades de cada uno de ellos, entendiéndose que los trabajos efectuados en el hogar por uno de los cónyuges se deberán considerar como contribución a las cargas familiares".

Una vez analizado el **artículo 1438**⁶⁹ del CC **empieza a realizar un desarrollo histórico del tratamiento del artículo en la jurisprudencia** ⁷⁰: “En este sentido, la jurisprudencia ha proclamado que el trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen (SSTS 534/2011 , de 14 de julio; 16/2014 , de 31 de enero; 135/2015 , de 26 de marzo; 136/2015 , de 14 de abril entre otras).

Por su parte, la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil, en materia de separación y divorcio, introdujo en el art. 68 CC , el deber de compartir las responsabilidades domésticas, así como el cuidado y atención de ascendientes y descendientes; por lo que si son satisfechas exclusivamente por uno de ellos, no sorprende se establezca el derecho a la compensación.

Esta dedicación personal en la ejecución de las labores domésticas, atención a los miembros de la familia, cuidados del hogar, dirección de la casa, podrán ser valoradas a los efectos de fijar la compensación del art. 1438 CC . Se ha empleado de forma gráfica, para conceptuar tal derecho, la expresión de salario diferido, si bien en estricta técnica jurídica no es tal, pues no estamos ante la retribución de una relación de trabajo dependiente y subordinada. En definitiva, cada cónyuge ha de contribuir, como pueda y hasta donde pueda hacerlo, en el proyecto común de

⁶⁷VERDA Y BEAMONTE,DE, J.R., “Sobre el desequilibrio económico en materia de pensión compensatoria: algunas novedades jurisprudenciales. Comentario a las SSTS núm. 495/2019, de 25 septiembre 2019, núm. 100/2020, de 12 febrero 2020, y 29 junio 2020 (rec. 3672/2019)”, *Revista Boliviana de Derecho*, número 31, 202, págs. 620-633.

⁶⁸ Sentencia del Tribunal Supremo-nº 658/2019, 11 de diciembre de 2019.

⁶⁹ VERDA BEAMONTE,DE, J.R., “La compensación del art. 1438 CC: un estudio en clave jurisprudencial.”, *Tribuna*, Instituto de Derecho Iberoamericano, 18 de febrero de 2020.

⁷⁰ Sentencia del Tribunal Supremo nº 658/2019, de 11 de diciembre de 2019.

convivencia marital, y, por lo tanto, el trabajo para el hogar se configura como una forma de contribución a las cargas del matrimonio, así como un título para obtener en su caso una compensación pecuniaria por normativa aplicación del mentado art. 1438 CC, al liquidar el régimen económico matrimonial de separación de bienes, que rige las relaciones patrimoniales entre los cónyuges.”

Continúa con el tratamiento que **se hace concretamente de la materia en la jurisprudencia del TS** ⁷¹: *“En interpretación del art. 1438 CC esta sala, a partir de la sentencia 534/2011, de 14 de julio, fijó la siguiente doctrina, ratificada en otras ulteriores como, por ejemplo, en la STS 185/2017, de 14 de marzo, según la cual:*

“El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge”.

Incluye también la fijación de la doctrina ⁷²: *“Las posibles dudas interpretativas que dichas resoluciones podían haber suscitado en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, determinó se dictasen las SSTS 135/2015, de 26 de marzo, 136/2015, de 14 de abril y 614/2015, de 15 de noviembre, en las que se fijó la doctrina jurisprudencial de que la aplicación del art. 1438 del CC :*

“[...] exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, (“solo con el trabajo realizado para la casa”), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento”.

El pronunciamiento incluye también referencia a la sentencia 252/2017 ⁷³ que resulta una de las referencias fundamentales en materia de compensación económica: *“No obstante, con posterioridad, la importante STS 252/2017, de 26 de abril, del Pleno, complementó la jurisprudencia de este Tribunal, dando una interpretación a la expresión normativa “trabajo para la casa”, que no cercena la aplicación del*

⁷¹ Sentencia del Tribunal Supremo nº 658/2019, de 11 de diciembre de 2019.

⁷² Sentencia del Tribunal Supremo nº 658/2019, de 11 de diciembre de 2019.

⁷³ Sentencia del Tribunal Supremo nº 658/2019, de 11 de diciembre de 2019 y Sentencia del Tribunal Supremo nº 252/2017, de 26 de abril de 2017.

art. 1438 del CC , cuando se trata de actividades profesionales o negocios familiares, precisando que:

"Por tanto esta sala debe declarar que la colaboración en actividades profesionales o negocios familiares, en condiciones laborales precarias, como es el caso, puede considerarse como trabajo para la casa que da derecho a una compensación, mediante una interpretación de la expresión "trabajo para la casa" contenida en el art. 1438 CC , dado que con dicho trabajo se atiende principalmente al sostenimiento de las cargas del matrimonio de forma similar al trabajo en el hogar."

Así, esta **sentencia** ⁷⁴ no sólo reúne la doctrina consolidada en la materia sino que realiza un seguimiento histórico jurisprudencial verdaderamente completo y, habiendo incluido en este trabajo una referencia a sus apartados principales, se recomienda encarecidamente no sólo su lectura sino también el de las sentencias que han ido delimitando la doctrina que actualmente se aplica.

⁷⁴ Sentencia del Tribunal Supremo nº 658/2019, de 11 de diciembre de 2019.

11. EFECTOS SOBRE EL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL.

Aun manteniéndose el vínculo del matrimonio, impidiendo uno nuevo una vez producida la separación, sí que se produce directamente un efecto sobre los bienes y el patrimonio del matrimonio, y que en función del régimen económico⁷⁵ que apliquen a su comunidad de vida y existencia, tendrá unas consideraciones u otra en su regulación posterior. A continuación las diferenciamos.

El **art. 95** CC declara que la sentencia firme o el decreto firme o la escritura pública que formalice el convenio regulador producen, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial. Si hubo acuerdo entre ambos, el convenio regulador puede incluir también la liquidación del régimen. En el caso de liquidación del régimen económico matrimonial de gananciales en el convenio deben hacerse, en principio, dos lotes de igual valor y el documento que lo aprueba sirve para otorgar la propiedad de los bienes a quien resulte adjudicatario de cada uno. Cuando en el régimen de separación de bienes se tienen bienes en común se liquidarán como si existiera un condominio entre los cónyuges, según la doctrina mayoritaria.

11.1. Separación de bienes

Desde el momento en el que se haga efectiva la separación se disuelve la unión que existiera en materia de bienes también. Existiendo separación de bienes se parte de la idea de que no existe una comunidad de bienes que repartir, sin embargo, en el caso de que haya habido aportación en la forma de trabajo doméstico a la familia por parte de uno de los cónyuges sí que se ha tratado por la jurisprudencia como un posible motivo generador de un deber de resarcir esta aportación. **El TS, Sala Primera, de 26 de abril de 2017, en Sentencia número 252/2017**, trata esta cuestión y además incluye relato histórico del tratamiento de la cuestión en la jurisprudencia anterior: *“CUARTO.- Doctrina jurisprudencial de la sala hasta la fecha.*

⁷⁵ MARTÍN MUÑOZ, A., “Aspectos Jurídico -económicos en la separación matrimonial” *Mediación familiar (Tomo II: Módulo III)*, Editorial Dykinson, 2º Edición, Madrid, 2011, págs. 117-147.

En interpretación del art. 1438 del C. Civil esta sala, a partir de la sentencia 534/2011, de 14 de julio, fijó la siguiente doctrina, recogida en sentencia 185/2017, de 14 de marzo, recurso 893/2015:

«El derecho a obtener la compensación por haber contribuido uno de los cónyuges a las cargas del matrimonio con trabajo doméstico en el régimen de separación de bienes requiere que habiéndose pactado este régimen, se haya contribuido a las cargas del matrimonio solo con el trabajo realizado para la casa. Se excluye, por tanto, que sea necesario para obtener la compensación que se haya producido un incremento patrimonial del otro cónyuge».

»Y ante las posibles dudas interpretativas que esta doctrina podía haber suscitado en la decisión de algunas Audiencias Provinciales, señaló en las sentencias de 135/2015, de 26 de marzo, 136/2015, de 14 de abril y 614/2015, de 15 de noviembre, lo siguiente:

»"Por un lado, ha excluido la exigencia del enriquecimiento del dador que debe pagar la compensación por trabajo doméstico. De otro, exige que la dedicación del cónyuge al trabajo y al hogar sea exclusiva, no excluyente, ("solo con el trabajo realizado para la casa"), lo que impide reconocer, de un lado, el derecho a la compensación en aquellos supuestos en que el cónyuge que lo reclama hubiere compatibilizado el cuidado de la casa y la familia con la realización de un trabajo fuera del hogar, a tiempo parcial o en jornada completa, y no excluirla, de otro, cuando esta dedicación, siendo exclusiva, se realiza con la colaboración ocasional del otro cónyuge, comprometido también con la contribución a las cargas del matrimonio, o con ayuda externa, pues la dedicación se mantiene al margen de que pueda tomarse en consideración para cuantificar la compensación, una vez que se ha constatado la concurrencia de los presupuestos necesarios para su reconocimiento. El trabajo para la casa no solo es una forma de contribución, sino que constituye también un título para obtener una compensación en el momento de la finalización del régimen - STS 14 de julio de 2011-".

»La sentencia de 11 de diciembre de 2015 señala a su vez que se trata de una norma de liquidación del régimen económico matrimonial de separación de bienes que no es incompatible con la pensión compensatoria, aunque pueda tenerse en cuenta a la hora de fijar la compensación».

QUINTO.- Naturaleza jurídica de la compensación establecida en el art. 1438 C. Civil.

Es preciso distinguir la compensación del art. 1438 del C. Civil, de la pensión compensatoria establecida en el art. 97 del C. Civil.

(...) Por otro lado, la compensación del art. 1438 del C. Civil tiene su base en el trabajo para la casa realizado por uno de los cónyuges, bajo un régimen de separación de bienes, al valorarlo como una contribución al sostenimiento de las cargas familiares.

La pensión compensatoria se puede acordar cualquiera que sea el régimen económico matrimonial, analizándose el desequilibrio presente y futuro.

Por su parte, en base al art. 1438 C. Civil, solo puede acordarse en régimen de separación de bienes y se analiza la situación existente durante el matrimonio y hasta el momento de la extinción del régimen de separación de bienes, para determinar el valor del trabajo en el hogar.(...)

Sin embargo, la compensación del art. 1438 C. Civil no se establece en consideración a la dedicación futura a la

familia, ni a la situación de desequilibrio, sino solo en función de la pasada dedicación a la familia, vigente el régimen económico de separación y hasta la extinción del mismo.”

De este modo, en el caso de que, habiendo separación de bienes se produzca una aportación mediante trabajo exclusivo en el ámbito del hogar, produciéndose un desequilibrio, entra en el ámbito de la compensación del **artículo 1438** del CC.

11.2. Régimen de gananciales

Este es la posibilidad que genera más necesidad de pronunciamiento. Habida cuenta la realidad de la separación, desde el momento en el que se hace efectiva comienza la posibilidad de liquidar la sociedad de gananciales, si no se ha liquidado en convenio regulador.

En el caso de una separación legal de mutuo acuerdo, esta cuestión es uno de los elementos que se pueden incluir en el convenio, y el fenómeno de disolución de la sociedad pasa por la determinación fáctica del activo y pasivo de la sociedad, determinan, en su caso, la existencia de un deudor entre los cónyuges y hacen lotes de igual valor para las adjudicaciones. Debemos diferenciar: Según el **artículo 95** CC sólo cabe la disolución y liquidación conjuntamente del régimen económico del matrimonio en los casos de mutuo acuerdo En las separaciones contenciosa la resolución no incluye la liquidación y deberá realizarse posteriormente bien ante Notario si alcanzan un acuerdo o bien en procedimiento para la liquidación del régimen económico matrimonial siguiendo el cauce de los **arts. 806** y siguientes del CC si optan por la vía contenciosa.

En palabras de Audiencia Provincial de Madrid, Sentencia 66/2019, de 21 de marzo, F.D. 3º se dispone que: “(...) *Por imperativo del art. 1398 Cc ., en el pasivo de la sociedad habrá de incluir las " deudas pendientes a cargo de la sociedad ", la restitución en metálico de bienes privativos " gastados en interés de la sociedad ", y los " créditos de los cónyuges contra la sociedad "*

Los créditos soportados por la sociedad de gananciales frente a uno de los cónyuges, o frente a un tercero, se incluyen en el inventario ganancial, ex arts. 1362.2 Cc . y 1398.1º L.E.c ., como " deudas pendientes a cargo de la sociedad ".

Las cantidades que " habiendo sido pagadas por uno solo de los cónyuges fueran de cargo de la sociedad, y en general, las que constituyen créditos de los cónyuges contra la sociedad ", deben incluirse en el pasivo del inventario de bienes gananciales, ex art. 1398.3º Cc ."

*La determinación de la disolución de la sociedad de gananciales lleva siendo tratada y determinada en sede judicial desde hace años, **en palabras del TS, de 31 de diciembre de 1998** ^{76 77}: "(...) Recaída sentencia firme de separación matrimonial, se produce la disolución de la sociedad de gananciales de manera automática y por ministerio de la ley, según se desprende del artículo 1392 del Código Civil , cuando preceptúa que la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho. Una vez producida, en la forma dicha, la expresada disolución, los bienes que, hasta entonces, habían tenido el carácter de gananciales, pasan a integrar (hasta que se realice la correspondiente liquidación) una comunidad de bienes postmatrimonial o de naturaleza especial, que ya deja de regirse, en cuanto a la administración y disposición de los bienes que la integran, por las normas propias de la sociedad de gananciales. Sobre la totalidad de los bienes integrantes de esa comunidad postmatrimonial ambos cónyuges (o, en su caso, el supérstite y los herederos del premuerto) ostentan una titularidad común, que no permite que cada uno de los cónyuges, por sí solo, pueda disponer aisladamente de los bienes concretos integrantes de la misma, estando viciado de nulidad radical el acto dispositivo así realizado. Si durante la vigencia de la sociedad de gananciales (constante el matrimonio) el cónyuge a cuyo nombre figuraran o en cuyo poder se encontraran unos títulos valores podía, por sí sólo, disponer de los mismos (no obstante su naturaleza ganancial), por así facultarlo el artículo 1384 del Código Civil , una vez disuelta ope legis la sociedad de gananciales, como consecuencia de la sentencia firme de separación matrimonial (número 3º del artículo 1392 del citado Código), ya desaparece o se extingue dicha facultad, al no continuar tales bienes sometidos ya (en cuanto a su administración y disposición) a las normas reguladoras de la sociedad de gananciales, por lo que la disposición de tales títulos valores (como la de cualquier otro bien originariamente ganancial) habrá de realizarse conjuntamente por ambos cónyuges, estando tal acto dispositivo viciado de nulidad radical, si lo realiza uno solo de los cónyuges,"*

Esta **sentencia** ⁷⁸ luego ha servido como base para los pronunciamientos posteriores en la materia, utilizándose por parte del **TS incluso en sentencias recientes, como la 493/2019, de 13 de septiembre de 2019.**

Así, cuando se produce la separación mediante la resolución judicial o inscripción de la

⁷⁶FLORES MARTÍN, J., "Fijación del momento de la disolución del régimen económico matrimonial: interpretación sustantiva (arts. 95 y 1392 del Código Civil) y aspectos procesales". *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 54, 2021.

⁷⁷ Sentencia del Tribunal Supremo nº 1266/1998, de 31 de diciembre de 1998.

⁷⁸ Sentencia del Tribunal Supremo nº 1266/1998, de 31 de diciembre de 1998.

escritura, de facto desaparece la sociedad de gananciales, y los bienes que formaban parte de la sociedad pasan a constituir una comunidad post ganancial, aunque no se podrá disponer de ellos de manera unilateral.

En el caso de la separación de hecho también se ha tratado la disolución de la sociedad de gananciales por parte de la jurisprudencia, **el TS, en la Sentencia 165/2008, de 21 de febrero, F.D. 5º, dispone que:** *“(…) La doctrina de esta Sala sobre la finalización de la sociedad de gananciales por la separación de hecho de los cónyuges parte de las sentencias de 13 junio 1986 y 17 de junio de 1988 , destacándose que el fundamento de la sociedad es la convivencia mantenida entre los cónyuges; doctrina reiterada por la de 27 enero 1998, según la cual «la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges», y por la de 14 marzo 1998. En igual sentido se pronuncian las sentencias de 24 abril y 11 octubre 1999, afirmando esta última que «no existe desde el momento del abandono ninguna convivencia entre los cónyuges que pudiese dar lugar a adquisiciones gananciales» y que no se puede exigir en tales casos la declaración judicial «para estimar extinguida la sociedad de gananciales». En igual sentido se han manifestado otras sentencias posteriores como las de 26 abril 2000 y 4 diciembre 2002. En consecuencia debe entenderse que, producida de modo irreversible la ruptura de la convivencia, los bienes obtenidos por cada uno de los cónyuges no se integran en la sociedad de gananciales, sin perjuicio del derecho de cualquiera de los citados cónyuges a instar su extinción en los términos previstos en el artículo 1.393-3º del Código Civil así como la facultad que les asiste para solicitar las medidas oportunas de carácter económico previas a la solicitud de separación o divorcio.”*

Finalizada la convivencia, en el caso de la separación de hecho y la voluntad de mantener el vínculo del matrimonio puede darse también, de hecho, por disuelta la sociedad de gananciales, y estas sentencias reconocen la retroacción de los efectos de la extinción de la sociedad de gananciales al momento de la efectiva separación de hecho. No obstante, recordemos para concluir que la extinción de la sociedad de gananciales sólo puede darse por sentencia, decreto del LAJ o acuerdo notarial.

12. LA EVENTUALIDAD DE LA RECONCILIACIÓN.

Obviamente existe la posibilidad de reconciliarse con posterioridad a la obtención de resolución de separación, igual que cabe la posibilidad de continuar el procedimiento de ruptura matrimonial con el divorcio que supondría la efectiva desaparición del vínculo matrimonial.

De hecho, como he reiterado a lo largo de este trabajo, con la separación no desaparece el vínculo matrimonial, de modo que parece mucho más fácil la posibilidad de una reconciliación. Podría considerarse que, habiendo desaparecido la obligación de pasar por este trámite primero para llegar al divorcio, aquellos que acuden a la separación matrimonial tuvieran en mente la posibilidad de que la reconciliación pueda producirse.

Pero si se produjera la reconciliación con posterioridad a la resolución que declarara la separación deberá ponerse en conocimiento de la autoridad judicial, tal y como dispone en materia de reconciliación el **artículo 84** del CC.

El requisito de la inscripción de la reconciliación estaba presente con anterioridad a la modificación llevada a cabo por la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, de hecho, este **artículo 84** no ha sido modificado en modo alguno a este particular, **nos hacemos eco también del estudio que en materia de modificaciones se llevó a cabo por parte de CARRION VIDAL** ⁷⁹.

Estos deberes de inscripción y de comunicación resultan muy importantes y han sido tratados por la jurisprudencia, **podemos mencionar la Sentencia del TS, Sala de lo Social, de 7 de julio de 2015, nº3284/2014**: *“FD. 2ª. (...) Inocuidad de la reconciliación privada entre cónyuges separados. Con carácter general venimos sosteniendo que carece de efectos frente a terceros (sea la Seguridad Social, sea otra persona que también aspire a pensión de viudedad por el mismo causante) la eventual reanudación de la convivencia por parte de matrimonio que ha sido judicialmente separado.*

⁷⁹CARRIÓN VIDAL, A., “Divorcio y separación en el código civil tras la reforma por ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 3, 2015, págs. 395-412.

Como se razona en STS de 15 de diciembre de 2004 (Rec. 359/2004): " la separación matrimonial, en tanto se mantiene el pronunciamiento judicial que la decreta produce -ex lege- unos determinados efectos, entre los que aparece, como el más esencial, el cese de la convivencia conyugal y la posibilidad de vincular bienes de otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 83 del Código Civil). De aquí que, en tanto subsista y no se modifique por una nueva resolución judicial la decretada situación de separación matrimonial, la convivencia conyugal resulte legalmente inexistente, por más que pueda seguir dándose en la práctica o de hecho. Siendo esto así por las exigencias de la propia naturaleza de un Estado de Derecho, la voluntaria y comúnmente aceptada continuación de la convivencia matrimonial entre dos personas, que legalmente tienen suspendida dicha convivencia, no puede surtir efecto jurídico similar al de la convivencia matrimonial propiamente dicha". Y llega a la siguiente conclusión: "para que la reconciliación de los cónyuges separados produzca efectos en el reconocimiento de la pensión de viudedad es preciso que se produzca la comunicación [de la reconciliación al órgano] judicial, que exige el artículo 84 del Código Civil."

Este elemento de los efectos ante terceros adquiere especial relevancia en los aspectos administrativos, de Seguridad Social, para pensiones y derechos hereditarios.

La reconciliación en sí misma no determina la vuelta al régimen económico matrimonial de gananciales si era éste el vigente durante el matrimonio.

Y lo que es más, los efectos de la reconciliación eventual deberá comunicarse por cada cónyuge de forma individual, y será necesario que conste el ánimo de convivencia, que será lo que entenderá reanudada la vida en común de la pareja, no bastando que convivan en la misma vivienda sin haber formalizado la reconciliación. Esto se ha tratado también en sede judicial, **STS, Sala de lo Social, nº 389/2018, 12 de Abril de 2018**: "FD. 2ª. (...) Y es que, cuando la reconciliación no se comunica se está ante una reanudación de hecho de la convivencia, que, si bien puede tener efectos ante los cónyuges, como se desprende del precepto citado ("la reconciliación ...deja sin efecto lo acordado" en el procedimiento de separación), no produce tales efectos ante terceros, condición que tiene obviamente la Entidad Gestora de la Seguridad Social, pues por razones de seguridad la reconciliación tiene que estar vinculada a un reconocimiento oficial.

En conclusión, la "vida en común" que se presume por el matrimonio (art. 69 CC) se suspende con la sentencia de separación (art. 83 CC), lo que, por cierto, no es incompatible con la reanudación temporal de la "vida en el mismo domicilio" (argumento a sensu contrario de la previsión del art. 87 CC) porque se trata de una situación distinta - precisamente porque no hay reconciliación- de la "vida en común" que es propia de la convivencia conyugal. Y para que la reanudación de esa convivencia pueda dejar "sin efecto ulterior lo resuelto en el procedimiento de separación" (art. 84, párrafo primero) es necesario que "los cónyuges", es decir los dos de consuno y no uno solo, la pongan en conocimiento del juez civil que

entendió de la separación. Mientras tanto no es posible hablar de convivencia con relevancia jurídica a los efectos que se discuten. (STS/4ª de 2 y 23 febrero 2005 -rcud. 761/2004 y 6086/2003-, 28 febrero 2006 -rcud. 5276/2004 -, 25 de septiembre de 2006 -rcud. 3169/2005 -, 2 octubre 2006 -rcud. 1925/2005 -, 26 de octubre de 2006 -rcud. 3163/2005 -, 28 noviembre 2006 -rcud. 672/2006 -, 29 mayo 2008 -rcud. 1279/2007 -, 21 julio 2008 -rcud. 2705/2007 -y 16 julio 2012 -rcud. 3431/2011-).»

Efectivamente, la eventualidad de la reconciliación y los efectos que tiene resultan, tras el estudio realizado, señalable como otra característica de la separación que la diferencia del divorcio y la nulidad. Dado que en estos dos últimos casos habría que contraer matrimonio de nuevo, no existiría fenómeno de reconciliación como en el caso de la separación.

13. CONCLUSIONES.

En la actualidad existe un elemento fundamental a la hora de valorar la trascendencia real de la separación, la eliminación de la necesidad de estar separados antes de divorciarse que hasta la aprobación de la Ley 15/2005, de 8 de julio se imponía.

De esta forma, con anterioridad a la reforma era necesario para las parejas proceder a la separación antes de divorciarse, de tal forma que parece que, como un intento del legislador para evitar la ruptura definitiva de los matrimonios, obligaba a este paso intermedio, este estado en el que sin estar obligados a romper por completo el vínculo permitía una atenuación del matrimonio, permitiendo que se pausara la convivencia.

Acaso el legislador pretendía obligar a las parejas a pasar por un período más largo para la disolución del vínculo con la intención de evitar que se disolvieran matrimonios por crisis pasajeras y que de ese modo llegaran menos parejas al divorcio.

La realidad de la sociedad impulsó la modificación que ha liberalizado el matrimonio, privando en caso de ruptura del deber de requisito de separación previa y en ambos casos privándolos de la necesidad de ajustarse a unas causas establecidas como pautas.

Pero es que la separación, el divorcio, y el matrimonio en sí son piedras angulares dentro del derecho de familia, y como los conceptos sociales y sociológicos que definen la familia en función del avance de la sociedad, estas instituciones del derecho civil deben ir cambiando conforme la sociedad cambia.

De modo que, el cambio en los modelos de parejas, por lo que se ha realizado la inclusión en la normativa del CC del matrimonio de personas del mismo sexo, debe generar un cambio en la regulación de los vínculos matrimoniales y su eventual ruptura, dado que el derecho debe responder a las necesidades de la sociedad, y debe modificarse conforme la sociedad evoluciona.

Resulta fundamental también considerar el cambio social producido en el papel de la mujer en la sociedad, evolucionando de una concepción anacrónica de exclusiva dedicación a la descendencia y su cónyuge, lo que genera una nueva aplicación de la normativa.

Y esto es porque, de la concepción anterior de las situaciones de desequilibrio en las que quedaba la mujer de forma casi segura en situación de inferioridad económica (sólo en casos extremadamente raros se daba la posibilidad de que la mujer dispusiera de algún medio de sustento propio finalizado el matrimonio) se ha evolucionado a una necesidad de realizar una verdadera evaluación casuística de cada matrimonio, habida cuenta de la entrada de la mujer en el mercado laboral.

La separación se adapta a la sociedad, se modifica, pero siempre tiene en mente la protección de los menores y evitar los perjuicios que de la crisis matrimonial se puedan derivar, procurando la compensación de los desequilibrios y acercando la concordia, pero obteniendo cada vez más preeminencia el respeto a la voluntad de los cónyuges, tanto en lo referido a su voluntad de finalizar su vínculo como en las medidas que consideran pertinentes para su propia situación.

Si bien la separación ha descendido su incidencia real en las solicitudes, sus efectos e importancia son innegables. Desata unas consecuencias muy similares al divorcio, y resulta una de las crisis del matrimonio con una jurisprudencia más tratada y completa, que permite conocer la figura de modo completo, y este ha sido uno de los medios utilizados en este trabajo principalmente para obtener un estudio exhaustivo de la separación matrimonial.

Ahora, en los casos de separaciones sin hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente se puede acudir directamente a la separación notarial, contando con que habrá acuerdo para la misma, facilitando, agilizando y abaratando los trámites, pero dejando huérfana de regulación del divorcio y la separación contenciosos sin hijos dependientes. La regulación parece haber evolucionado hacia la casuística más común, y evitando los procesos muy largos fomenta la brevedad en la tramitación, incluso sacándola de la sede judicial, siempre que no haya menores o hijos con la capacidad modificada judicialmente.

También hay que mencionar la evolución respecto de la custodia de los hijos menores de

edad, o con capacidad modificada judicialmente, al haber pasado de una absoluta custodia monoparental que siempre era a favor de la mujer, y en la actualidad, es justo todo lo contrario, optan preferentemente por la custodia compartida, donde ambos progenitores pueden disfrutar de sus derechos y obligaciones respecto de la aplicación de la normativa frente a sus descendientes.

14. BIBLIOGRAFÍA

14.1. Normativa

- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.
- Ley 13/2005, de 1 de julio, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio.
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

14.2. Libros y Revistas

LIBROS

- BLANDINO GARRIDO, A., “La separación matrimonial”, en *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, (AAVV), Madrid, 2016.
- BLANDINO GARRIDO, M. A., “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, en *Mediación y derecho*, (coord. por Arturo Álvarez Alarcón, Pablo García Molina), Pamplona, 2020.
- CABANILLAS SANCHEZ, A., “Jurisprudencia del Tribunal Supremo. Sentencias”, en *Anuario de Derecho Civil*, 2019.
- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, *Separaciones y divorcios ante notario*, Reus, 2016.
- DIAZ MARTINEZ, A, M., “Convenio regulador de separación o divorcio y Registro de la Propiedad”, *Aranzadi civil-mercantil. Revista doctrinal*, vol. 1, n°. 3 (junio), 2011.
- DOMINGUEZ LUELMO, A., “El matrimonio y su naturaleza tras la Ley 15/2005: consecuencias jurídicas de la supresión de las causas de separación y divorcio”. *Estudios de derecho de familia y de sucesiones: (dimensiones interna e internacional) / coord. por Santiago Álvarez González, María Paz García Rubio, Marta Requejo*, Madrid, 2009.

- GUTIERREZ SANTIAGO, P., “El juego de la autonomía de la voluntad y sus límites en los convenios reguladores de la separación y del divorcio. (Su proyección sobre la "vida marital" como causa extintiva e impeditiva del derecho a pensión compensatoria), *Liber amicorum: homenaje al profesor Luis Martínez Roldán*, Universidad de Oviedo, 2016.
- LEON GONZALEZ, M., “La Indemnización del artículo 98 del Código Civil (Comentario a la Sentencia de 10 de marzo de 1992)”, en *Anuario de Derecho civil*, vol. 46, nº
- LLEDÓ YAGÜE, F., “Medidas y efectos comunes en los procesos de separación, nulidad y divorcio” en “*El matrimonio, situaciones análogas a la convivencia, medidas y efectos comunes a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio y el registro civil*, coordinadores Antonia Nieto Marín y Francisco Lledó Yaque, *Dyckinson*, Madrid, 2011.
- MARIN LOPEZ, M.J., “*Requisitos del matrimonio*”, *Manual de Derecho Civil. Derecho de Familia*, (Bercovitz Rdoríguez Cano), Madrid, 2007.
- MARTÍN MUÑOZ, A., “Aspectos Jurídico -económicos en la separación matrimonial” *Mediación familiar (Tomo II: Módulo III)*, Editorial Dykinson, 2º Edición, Madrid, 2011.
- MONFORT FERRERO, M.J., *Estudios jurídicos en homenaje a Vicente L. Montés Penadés*, Editorial Tirant lo Blanch, 2011.
- NAVARRO MIRANDA, J.R., *Código civil comentado. Volumen I-(arts 1 a 680)*, *Civitas*, 2011.
- ORTUÑO MUÑOZ, J.P., *Separación, divorcio y nulidad matrimonial*. Valencia: Tirant lo Blanch, 2002.
- RABADÁN SÁNCHEZ-LA FUENTE, F., *Ejercicio de la patria potestad cuando los padres no conviven*, Edición 1º, Volumen 1, Thomson, 2011.
- TORRERO MUÑOZ, M., Cuestiones generales entorno al convenio regulador de los efectos de la separación y divorcio”, *El contenido del convenio regulador: sus diferentes aspectos*, España: Editorial Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, 2006.

REVISTAS

- ACUÑA GUIROLA, S., “Separación, divorcio y nulidad matrimonial: régimen jurídico”, Anuario del Derecho Eclesiástico del Estado”, *Instituto para el Estudio de la Libertad Religiosa Boletín Oficial del Estado*. Número 5, 1989.
- ARRÉBOLA BLANCO, A., “La eficacia del convenio regulador en los procesos matrimoniales. Comentario a la STS de España, núm. 615/2018, de 7 de noviembre.”, *Revista Boliviana de Derecho*, número 28, 2019.
- BERROCAL LANZAROT, A.I., “Tendencias actuales en torno a la pensión compensatoria o pensión por desequilibrio en España”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 5 bis, 2016.
- BERROCAL LANZAROT, A.I., “El interés superior del menor y la atribución de la guarda y custodia”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 746, 2014.
- CALZADILLA MEDINA, M., “Alcance de los pactos del convenio regulador de separación matrimonial sobre pensión compensatoria: fijación de doctrina jurisprudencial. Momento para fijar la compensación prevista en el art. 1438 CC: Comentario a la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de diciembre de 2015 (JUR 2015, 306777) - *Revista Aranzadi de derecho patrimonial*, número 39, 2016.
- CAMPO IZQUIERDO, A.L., “La pensión compensatoria a través de las sentencias del Tribunal Supremo de la última década”, *Revista Actualidad Civil*, número 11, 2020.
- CARRIÓN VIDAL, A., “Divorcio y separación en el código civil tras la reforma por ley 15/2015, de 2 de julio, de la jurisdicción voluntaria”, *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, número 3, 2015.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., “Guardia y custodia de hijos menores las crisis matrimoniales y de parejas de hecho: procesos declarativos especiales en la LEC”, *Diario: La Ley*, 2007.
- DIAZ MARTÍNEZ, A., “Convenio regulador de separación o divorcio y Registro de la Propiedad”, *Aranzadi civil-mercantil: Revista doctrinal*, Volumen 1, número 3, 2011.

- ESCALONA LARA, J.M., “La guarda y custodia compartida tras la reforma del art. 92 CC por la Ley 15/2005. Sus consecuencias prácticas”, *La Ley Derecho de Familia: Revista Jurídica sobre familia y menores*, número 1, 2014.
- FLORES MARTÍN, J., “Fijación del momento de la disolución del régimen económico matrimonial: interpretación sustantiva (arts. 95 y 1392 del Código Civil) y aspectos procesales”. *Revista Aranzadi de Derecho Patrimonial*, número 54, 2021.
- GHIRARDI, J.C., “Regulación jurídica de las conductas sexuales extramatrimoniales en el Derecho Romano”, *Revista General de Derecho Romano*, número 5, 2005.
- HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., “Criterios para la atribución del uso de la vivienda familiar, una propuesta de lege ferenda”, *La Ley Derecho de Familia: Revista jurídica sobre familia y menores*, número 16, 2017.
- HIJAS CID, E., “El convenio regulador en la separación y divorcio notariales naturaleza, contenido y límites”, *El notario del siglo XXI: Revista del Colegio Notarial de Madrid*, número 67, 2016.
- MARTÍNEZ DE MORENTIN LLAMAS, M.L., “La supresión de las causas de separación en nuestro ordenamiento”, *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, número 3, 2006.
- MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “Sobre la determinación de la fecha de disolución de la sociedad de gananciales en los supuestos de separación de hecho”, *Revista Actualidad Civil*, número 3, 2020.
- MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “La eficacia del convenio regulador: la falta de ratificación o de aprobación judicial”, *Revista Actualidad Civil*, número 12, 2019.
- MORENO-TORRES HERRERA, M.L., “La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, número 4, 2015.
- MORENO VELASCO, V., “El reconocimiento general de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, como forma de autorregulación de sus relaciones personales y patrimoniales: los límites a la autonomía de la voluntad”, *Diario: La Ley*, número 7609, 2011.

- LÓPEZ ALARCÓN, M., “Las causas de separación matrimonial en España, hoy”, *La Ley: Revista jurídica española de doctrina, jurisprudencia y bibliografía*, número 1, 1980.
- LOURO GARCIA, M.I., “¿Es el convenio regulador escritura pública a los efectos del artículo 633 CC?”, *Revista de Derecho Civil*. Vol 2 – número 2, 2015.
- ORTEGA DOMÉNECH, J., “Comentario de la sentencia del tribunal supremo de 15 de octubre de 2018 (569/2018)”, *Revista-derecho v/lex*, 2018.
- PÁRAMO Y DE SANTIAGO, C., “Convenio regulador en separación o divorcio: eficacia del no sometido a aprobación judicial.”, *CEFLegal: Revista práctica de derecho. Comentarios y casos prácticos*. Número 215, 2018.
- SIFRE PUIG, R.F., “La atribución judicial del uso de la vivienda familiar en los casos de crisis matrimonial y sus repercusiones registrales”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, número 783, enero 2021.
- VELA SÁNCHEZ, A.J., “Las crisis familiares. Efectos comunes a la nulidad separación y divorcio”, *Revistas derecho vLex*, pp74-77 en <https://libros-revistas-derecho.vlex.es/vid/efectos-comunes-nulidad-divorcio-519350866>
- VENTURI, C., “Matrimonio y divorcio: la tradición romanística frente a la actualidad”, *Anuario de la Revista semestral del Centro de Estudios Clásicos*, número 32 - 1, 2014.
- VERDA BEAMONTE, DE, J.R., “La compensación del art. 1438 CC: un estudio en clave jurisprudencial.”, *Tribuna*, Instituto de Derecho Iberoamericano, 18 de febrero de 2020.
- VERDA Y BEAMONTE, DE, J.R., “Sobre el desequilibrio económico en materia de pensión compensatoria: algunas novedades jurisprudenciales. Comentario a las SSTs núm. 495/2019, de 25 septiembre 2019, núm. 100/2020, de 12 febrero 2020, y 29 junio 2020 (rec. 3672/2019)”, *Revista Boliviana de Derecho*, número 31, 202.
- VIVES, I., “La pensión compensatoria: ¿cuándo procede, cómo se calcula y cuando se puede solicitar su extinción?”, *Revista Actualidad Jurídica Aranzadi*, número 960, 2020.

15. ANEXO.

15.1. Jurisprudencia mencionada

15.1.1. TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- **Sentencia** n°198/2012, de 6 de noviembre de 2012.
- **Auto** n° 222/1994, de 11 de julio de 1994.

15.1.2. TRIBUNAL SUPREMO

- **Sentencia** n° 266/1992, de 10 de marzo de 1992.
- **Sentencia** n° 1266/1998, de 31 de diciembre de 1998.
- **Sentencia** n°923/2008, de 9 de octubre de 2008.
- **Sentencia** n°165/2008, de 21 de febrero de 2008.
- **Sentencia** n° 772/2010, de 22 de noviembre de 2010.
- **Sentencia** n°864/2010, de 19 de enero de 2010.
- **Sentencia** n° 642/2012, de 26 de octubre de 2012.
- **Sentencia** n°722/2013, de 15 de noviembre de 2013.
- **Sentencia** n° 160/2013, de 14 de marzo de 2013.
- **Sentencia** n°3284/2014, de 7 de julio de 2015.
- **Sentencia** n°226/2015, de 6 de mayo de 2015.
- **Sentencia** n° 194/2016, de 29 de marzo de 2016.
- **Sentencia** n° 252/2017, de 26 de abril de 2017.
- **Sentencia** n°630/2018, de 13 de noviembre de 2018.
- **Sentencia** n° 615/2018, de 7 de noviembre de 2018.
- **Sentencia** n°69/2018, de 15 de octubre de 2018.
- **Sentencia** n°389/2018, de 12 de Abril de 2018.
- **Sentencia** n°658/2019 de 11 de diciembre de 2019.
- **Sentencia** n°493/2019, de 13 de septiembre de 2019.
- **Sentencia** n° 4769/2018, de 24 de abril de 2019.
- **Sentencia** n°2920/2020, de 13 de enero de 2021.
- **Auto** 3430/2017, de 27 de noviembre de 2019.

15.1.3. AUDIENCIAS PROVINCIALES

- **Sentencia** de la Audiencia Provincial de Burgos nº 292/2020, de 21 de septiembre de 2020.
- **Sentencia** Audiencia Provincial de Salamanca nº 569/2019, de 19 de noviembre de 2019.
- **Sentencia** Audiencia Provincial de Madrid nº 66/2019, de 21 de marzo de 2019.
- **Sentencia** Audiencia Provincial de Valencia nº45/2019, de 28 de enero de 2019.
- **Sentencia** Audiencia Provincial de Ciudad Real nº131/2018, de 14 de mayo de 2018.
- **Sentencia** Audiencia Provincial de Santander nº 623/2017, de 15 de Noviembre de 2017.
- **Sentencia** Audiencia Provincial de Barcelona nº259/2016, de 7 de abril de 2016.
- **Sentencia** Audiencia Provincial de Málaga nº 754/2013, de 23 de diciembre de 2013.
- **Sentencia** Audiencia Provincial de Barcelona nº 474/2013, de 11 de octubre de 2013.
- **Sentencia** Audiencia Provincial de Guadalajara nº 292/2012, de 19 de diciembre de 2012.
- **Sentencia** Audiencia Provincial de Huelva nº 78/2010, de 31 de marzo de 2010.
- **Sentencia** Audiencia Provincial de Ávila nº32/2009, de 27 de febrero de 2009.
- **Sentencia** Audiencia Provincial de Murcia nº 206/2005, de 6 de julio de 2005.
- **Sentencia** Audiencia Provincial de Navarra Rollo Civil de Sala nº 154/2001, de 4 de julio de 2002.
- **Auto** de la Audiencia Provincial de Cádiz nº 199/2019, de 11 de septiembre de 2019.

