

INFORMES PORTAL MAYORES

Número 9

Las crisis matrimoniales: La nulidad, la separación y el divorcio. Efectos comunes a la nulidad la separación y el divorcio

Autor: Mélich Salazar, Rafael

Filiación: *Abogados y Asesores Vertex, S.L.* DP. C/ D. Ramón de la Cruz, 91, 2º A Madrid.- 28006 <http://www.asvertex.com/>

Tfnos: 91 402 96 73 / 91 401 01 62 Fax: 91 401 01 62

Contacto: rmelich@yahoo.es

Fecha de creación: 30-09-2003

Para citar este documento:

MÉLICH SALAZAR, Rafael (2003). "Las crisis matrimoniales: la nulidad, la separación y el divorcio. Efectos comunes a la nulidad, la separación y el divorcio". Madrid, Portal Mayores, *Informes Portal Mayores*, nº 9. [Fecha de publicación: 05/10/2003].

<<http://www.imsersomayores.csic.es/documentos/documentos/melich-crisis-01.pdf>>

Una iniciativa del IMSERSO y del CSIC © 2003

ISSN: 1885-6780

**LAS CRISIS MATRIMONIALES: LA NULIDAD, LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO.
EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO.**

I. CRISIS MATRIMONIALES:

1. LA NULIDAD

- 1.1. Causas de nulidad
- 1.2. Proceso de nulidad
- 1.3. Convalidación del matrimonio nulo
- 1.4. Efectos del matrimonio nulo

2. LA SEPARACIÓN

- 2.1. La separación de hecho
- 2.2. La separación judicial
 - 2.2.1. La separación de mutuo acuerdo
 - 2.2.1.1. El proceso de separación de mutuo acuerdo
 - 2.2.1.2. EL Convenio Regulador
 - 2.2.1.3. Pactos sobre visitas con los abuelos y otros parientes y allegados
 - 2.2.2. La separación de mutuo acuerdo sobrevenida
 - 2.2.3. La separación contenciosa: causas de separación
 - 2.2.3.1. Causas de separación: (artículo 82 Código Civil)
 - 2.2.3.2. El Proceso de separación
 - 2.2.3.3. El cese efectivo de la convivencia conyugal

3. EL DIVORCIO

- 3.1. El Divorcio de mutuo acuerdo
- 3.2. Causas de divorcio

4. EFECTOS COMUNES DE LA NULIDAD, LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO.

- 4.1 Los hijos del matrimonio (artículos 92 y siguientes)
 - 4.1.1. El ejercicio de la patria potestad.
 - 4.1.2. La pensión de alimentos a los hijos menores, incapacitados o dependientes.
 - 4.1.3. La guarda y custodia de los hijos
 - 4.1.4. El derecho comunicación, visitas y estancias
- 4.2. Atribución de la vivienda conyugal
- 4.3. Pensión compensatoria
- 4.4. Disolución y liquidación del régimen económico matrimonial

LAS CRISIS MATRIMONIALES: LA NULIDAD, LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO. EFECTOS COMUNES A LA NULIDAD, LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO.

I. CRISIS MATRIMONIALES:

El matrimonio, es una institución que surge entre dos personas y que tiene un carácter muy complejo pues a los aspectos meramente jurídicos se unen, o mejor dicho se entrelazan íntimamente los personales. En tema anterior tratábamos, la forma en que se contrae, sus requisitos, muy sucintamente los efectos del mismo¹ así como hemos tratado de instituciones que sin ser el matrimonio se asemejan a ella y pueden dar lugar a la aplicación de algunos de sus preceptos siquiera sea por analogía.

Pues bien, dado que el matrimonio tiene por base, y muy relevante, las relaciones entre las personas, no es infrecuente que antes o después el matrimonio pase por una crisis, cuyo principal factor, que toma en consideración el derecho es la pérdida del mutuo afecto entre los cónyuges manifestado de diversas formas.

En la rúbrica (y tema de crisis matrimoniales) hemos englobado la nulidad. Lo cual lo hacemos por efectos prácticos, de espacio, para no dedicar a la nulidad un tema específico o unirlo al tema del matrimonio, donde tendría mejor cabida, y por considerar que cuando aflora la nulidad en realidad detrás de ella hay siempre una crisis matrimonial, que se intenta resolver por esta vía y no por otra (separación y divorcio) muchas veces con el confesado o inconfesado motivo de volver a contraer nuevo matrimonio.

Pues bien aun englobando la nulidad bajo esta rúbrica, tendremos que decir, en puridad, que ésta no es en sí una crisis matrimonial, sino la falta en el matrimonio de alguno de los requisitos que se exige a su validez. La diferencia principal con la separación y el divorcio (entre otras muchas), estriba en que las causas de nulidad no son como las causas de separación o divorcio sobrevenidas, sino o previas a la celebración del matrimonio o se dieron en la celebración de éste.

Si Ud. es seguidor de los medios de comunicación audiovisuales o escritos, habrá oído en no pocas ocasiones y en relación a determinadas personas “famosas” que se comenta que “fulano no le concedió la nulidad a mengana.” Esto no es exacto. La nulidad no se concede o acuerda como la separación o el divorcio que pueden ser de mutuo acuerdo entre los cónyuges; existe o no existe, y es quién la reclama el que debe de probarla. No obstante como estas nulidades, en la práctica, como ya le hemos dicho, sólo afloran a los Juzgado y Tribunales en supuestos de crisis matrimonial, no es tampoco infrecuente que los demandantes “acuerden” un pequeño fraude que es reconocer la existencia de una causa de nulidad para que la concedan más fácilmente.

La separación y el divorcio si son verdaderos supuestos de crisis matrimonial que se producen una vez celebrado éste y por varias causas entre las que nuestro derecho da particular relevancia a una: el cese efectivo de la convivencia, que no es ni más ni menos que la exteriorización del desafecto que se produce entre los cónyuges.

¹ A la espera de que en próximo tema, se haga la oportuna referencia con la amplitud que requiere a los efectos económicos del matrimonio o regímenes económicos

Vamos a ver estas tres figuras por separado:

1. LA NULIDAD:

La nulidad implica la invalidez del matrimonio, su inexistencia en la vida jurídica (en la real es imposible si el matrimonio ha durado años) por falta de alguno de los requisitos que la Ley exige para su validez.

El matrimonio que es nulo, lo es desde el día que se celebró, o por decirlo más exactamente es como si no se hubiera celebrado, pero esto no es automático y requiere la declaración por el Juez. Si esta sentencia no se produce, el matrimonio produce todos sus efectos sea o no sea nulo internamente. Con esto queremos decir que la nulidad no es una institución de hecho, es una institución de derecho, y que a diferencia de por ejemplo la separación requiere siempre la declaración judicial en sentencia.

No podemos dejar de hacerle notar que las nulidades instadas civilmente son infrecuentes, al contrario que las nulidades que se solicitan en los tribunales eclesiásticos. Ello obedece a una razón. El derecho estatal reconoce el divorcio y los divorciados pueden contraer nuevo matrimonio. A quien sólo se casa por lo civil, le resulta más cómodo instar el divorcio si quiere contraer nuevo matrimonio. El derecho canónico por el contrario no permite el divorcio² y se acude por aquellos que desean casarse por la iglesia a la figura de la nulidad. Tenga Ud. en cuenta que la nulidad dictada por un tribunal eclesiástico produce efectos en la esfera civil, tras un breve proceso ante el Juez del Estado, de reconocimiento y homologación.³

1.1. Causas de nulidad:

Son las enumeradas en el artículo 73 del Código Civil:

- a) *El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.*
- b) *El matrimonio celebrado entre las personas en quien concurra un impedimento⁴, salvo que éste haya sido dispensado con anterioridad por la persona competente.*
- c) *Los celebrados sin la intervención del Juez, Alcalde o funcionario ante quien deba celebrarse o sin la presencia de los testigos exigidos.*
- d) *El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.*
- e) *El contraído por coacción o miedo grave.*

1.2 Proceso de nulidad:

La declaración de nulidad requiere pasar un proceso en el que se acredite la existencia de la causa, ante el Juez de primera instancia del último domicilio del matrimonio, de no existir éste actualmente el último que hubiere habido o el domicilio del demandado, a elección del demandante.

² Si bien contempla supuestos de disolución, que como luego veremos es un término equivalente o semejante que encubre la palabra fatídica: divorcio, y que fue empleado por nuestros legisladores al introducirse el divorcio en España, en la reforma del Código Civil de 1981. Nos estamos refiriendo a los supuestos canónicos de matrimonio rato y no consumado.

³ Conforme a los acuerdos del estado con la Santa Sede de 3 de enero de 1979.

⁴ Véanse los impedimentos en el informe relativo al matrimonio.

El proceso requiere abogado y procurador, el primero de los cuales le asesora en todo lo concerniente a este tipo de procesos.

Pueden pedir la nulidad del matrimonio además de los cónyuges, el Ministerio Fiscal, y cualquier persona con un interés legítimo en dicha nulidad (por. ejemplo un hijo.). Si los peticionarios de la nulidad son menores, la demanda debe de interponerla el Ministerio Fiscal (artículos 74 y 75 del Código).

1.3 Convalidación del matrimonio nulo:

Si la causa de nulidad es la minoría de edad de los contrayentes el matrimonio queda convalidado, sanado, es decir desaparece la causa de nulidad, si los mismos siguen conviviendo juntos un año, celebrado el matrimonio, contado desde que lleguen ambos a la mayoría de edad.

Si la causa de la nulidad es la coacción o el miedo (fuerza) el matrimonio queda convalidado pasado un año desde que cesó la coacción o la fuerza, si los cónyuges siguen conviviendo durante este año.

1.4. Efectos del matrimonio nulo:

En teoría como le hemos dicho el matrimonio que es nulo es como si no hubiera existido, por eso no debería de producir efectos.

Pero la realidad es muy diferente y puede suceder que el matrimonio, con toda su nulidad a cuestas, haya durado años. Declarar que no se ha producido ninguno después de ese periodo sería una verdadera barbaridad.

Los efectos que se producen en la pareja cuyo matrimonio ha sido anulado son semejantes a los de las parejas separadas y divorciadas y es por esto que la ley los regula conjuntamente. Por consiguiente a lo que diremos sobre los efectos comunes nos remitimos en su integridad, no obstante la declaración de nulidad obra unos efectos concretos.

Efectos específicos son:

- Se reconocen y respetan los derechos y efectos que el matrimonio haya producido a favor de los hijos y el contrayente de buena fe (artículo 79 C.C.). Así por ejemplo, los hijos de un matrimonio nulo no pasan a ser hijos no matrimoniales sino que siguen siendo hijos matrimoniales.
- El cónyuge de buena fe tiene derecho a una indemnización si concurren las circunstancias que el Código marca para conceder una pensión compensatoria. Es necesario en todo caso que haya habido convivencia (artículo 98 C.C.).

2. LA SEPARACIÓN:

Si cuando hablábamos de la nulidad, decíamos, que declarada esta es como si el matrimonio no hubiera existido (con los reparos que poníamos) de modo que los que fueron “cónyuges” pueden (y deben) pasar al estado civil de solteros, cuando decimos separación nos estamos refiriendo a aquella crisis que produciendo la ruptura de la convivencia y del afecto de los cónyuges no “rompe” o disuelve el matrimonio, sino que por decirlo de una manera gráfica lo “suspende”.

La palabra clave pues en la separación sería la de suspensión de los efectos que el matrimonio produce. ¿Por qué? Por una razón muy sencilla, para reanudar aquella vida en común, aquellos efectos del matrimonio, los separados no tienen que volver a casarse sino que basta con que se reconcilien, retomando su vida en común pues no hay ruptura del vínculo.

La separación se diferencia también de la nulidad en que no necesariamente ha de ser una situación puramente jurídica, la separación puede ser de hecho. Entiéndonos bien. Todas las separaciones la de hecho y la de derecho están reguladas por la Ley y ambas producen efectos más o menos amplios o más o menos declarados, pero para que se produzca la separación no es preciso que un juez declare a los cónyuges separados. Ahora bien la separación de hecho es una causa de separación y de divorcio “jurídicos” como pasamos a ver.

2.1 La separación de hecho:

Separación de hecho es en el sentido más amplio aquel tipo de separación matrimonial que no es declarada por un juez, sino que se basa en circunstancias puramente fácticas, bien impuesta por uno de los esposos al otro o porque así lo han convenido mutuamente.

La separación de hecho, pues, no tiene por que ser consensual, puede producirse por la exclusiva voluntad de uno de los cónyuges que decide imponerla al otro, por supuesto la vía es abandonar el domicilio y no de manera provisional sino con ánimo de que la cosa dure.

Pero esta separación de hecho también puede ser libremente consensuada por los esposos, si es que existen determinadas discrepancias entre ellos que les aconsejan suspender su vida en común (a reservas o no de conciliación) o más sencillamente aun, porque no desean pasar por un proceso judicial de separación por los costes que ello acarrea. Sea como fuere esta separación fáctica de mutuo acuerdo puede (e incluso vamos a decir que es conveniente) quedar documentada es decir plasmada en un documento público (ante notario) o privado,⁵ decidiendo cuales van a ser los efectos de esa separación.

Anteriormente a la reforma la separación de hecho cualquiera que fuera la forma en que se articulara, no se contemplaba a no ser como una cosa reprobable, considerada como abandono y por tanto sancionable. En la actualidad se parte de una óptica diferente. No solo es que nuestro Código contemple la separación de hecho como una de las causas de divorcio (y aun de separación legal), sino que permite dentro de los límites de la Ley el acuerdo entre los cónyuges para determinar como quieren que sea su separación. Por decirlo de una manera llana, es como efectuar una separación judicial de mutuo acuerdo pero sin pasar por el Juzgado.

Dicho esto habría que añadir no obstante que las separaciones de hecho impuestas siguen viéndose con recelo en nuestro derecho, no porque se intente menguar la libertad personal de los cónyuges respecto de su vida personal, sino porque su libertad personal y afectiva debe de compaginarse con las obligaciones que libre y voluntariamente contrajo en el

⁵ Y aquí si vamos a decirle aunque pueda parecerle que es barrer para la casa de uno que es conveniente que se aconseje de una bogado antes de firmar nada.

matrimonio (dado que si no quería estas obligaciones tampoco nadie le obligaba a casarse) obligaciones que giran en torno a dos puntos principalmente: contribuir a las cargas familiares, y las obligaciones respecto de los hijos habidos en el matrimonio o que estuvieran a cargo de él. No vale el “ahí te quedas” irse y no querer saber nada más del asunto (que es el matrimonio y la familia) sino que hay que seguir contribuyendo a las cargas familiares y seguir cumpliendo las obligaciones de la patria potestad.

El incumplimiento de estas cargas en forma que la familia quede desamparada se sanciona como delito de abandono de familia, con diversas modalidades. En el ámbito civil el abandono injustificado es causa de separación judicial, con imputabilidad de la causa de separación al cónyuge incumplidor. Pero ojo, sólo el abandono injustificado. Si éste obedece a causas legítimas (p. ej. un marido que pega a su mujer y ésta abandona la casa para que no la siga agrediendo) y se presenta demanda o medidas provisionales, no existe separación de hecho entendida en este sentido. Sobre este tema volveremos más adelante.

Como ya hemos esbozado, cuando la separación de hecho es por acuerdo de los esposos o de mutuo acuerdo lo más normal es que se documente y ello por varias razones:

- En primer lugar sirve como justificante al cónyuge que deja el domicilio conyugal que dicho “abandono” obedece a pacto y no a ser unilateral.
- En segundo lugar: facilita notablemente el proceso judicial de separación o divorcio si al final se deciden a entablarlo.
- En tercer lugar: es prueba y acreditación de las obligaciones que para esta suspensión de la vida conyugal asumen las partes. Luego no hay equívocos de si uno dijo una cosa u otra.

Entre el pacto en forma privada o pública nosotros le aconsejamos que mejor ante notario, en escritura pública por la mayor garantía que esto supone. Pida siempre que le aconseje un abogado, pues no es infrecuente que en estos convenios el cónyuge que lo propone intente meter un gol al otro, créanos que será un dinero bien invertido a la larga.

Los pactos a que llegan las partes giran en torno a las mismas materias que un convenio regulador en un proceso judicial:

1º El convenio sobre la separación, autorizándose los cónyuges y en este caso, expresamente, a convivir por separado.

2º El convenio sobre el uso de la vivienda conyugal si la hubiere, es decir cual de los dos se va a quedar viviendo en ella y usándola.

3º Los convenios sobre los hijos si los hubiera: ejercicio de la patria potestad, pensión de alimentos, derecho de custodia (es decir quien se va a quedar con el hijo o hijos), estancias y visitas con el progenitor no custodio, en fines de semana, vacaciones festivos, aniversarios y días destacados (p. ej. Día del padre o de la madre) u otras circunstancias si los hijos son mayores de edad aunque dependientes de sus padres.

4º Contribución de los consortes a las cargas: Es un supuesto amplísimo en el que cabrían los de pago de impuestos de la vivienda u otras propiedades comunes, pensiones compensatorias de un cónyuge a otros...

5º Liquidación del régimen económico, haciéndole una precisión en este tipo de acuerdos privados o sin intervención judicial este tipo de pactos es potestativo, de hecho es más frecuente excluirlos del mismo y efectuarlos aparte como capitulaciones matrimoniales en que se acuerde (por regla general por supuesto) la separación de bienes y la disolución de la comunidad consorcial, para facilitar su inscripción en los registros públicos.

2.2. La separación judicial:

Dice el artículo 81 del Código Civil: *“Se decretará judicialmente la separación cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:*

1º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento de otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta de convenio regulador de la separación conforme a los artículos 90 y 103 de este Código”

2º A petición de uno de los cónyuges, cuando el otro esté incurso en causa de separación.

No hace falta ser un jurista para comprender que este artículo regula dentro de las separaciones judiciales (que son homologadas por el Juzgado): las separaciones de mutuo acuerdo y las separaciones que no lo son (que se denominan contenciosas) pese a su regulación aparentemente unitaria son dos realidades muy diferenciadas.

2.2.1. La separación de mutuo acuerdo.

Por las razones que sean, Ud. y su consorte hayan llegado a la decisión de que las cosas no pueden seguir como si nada, y han decidido poner fin a su convivencia (este es el elemento esencial) comprenderá Ud. que es lógico que no se les obligue a un proceso y a ventilar sus trapos sucios o no, pero en definitiva cosas íntimas concernientes a su matrimonio o inventar una causa de separación que puede no existir en la realidad.

Por esta razón existe un proceso de separación especial en el que son necesarios tres requisitos (bueno algunos más, pero son accesorios):

1º Que ambos cónyuges estén de acuerdo en el hecho de la separación y en que se lleve por así decirlo de una manera amistosa. Este acuerdo puede ser decidido por ambos (imagínese que se sientan una tarde, lo hablan, lo deciden y acuerdan ir incluso al mismo abogado para que la cosa les salga más asequible) o por uno pero el otro no se opone o se adhiere a él, siempre que esta concordancia sea expresa no tácita.

De otro lado este “mutuo acuerdo” puede ser previo a cualquier trámite judicial o sobrevenido, durante el proceso de separación contenciosa.

2º Que los esposos lleven al menos un año casados. Ello quiere decir que antes de que transcurra el año, por más decididos que estén los esposos a separarse, por más inviable que se vea la reconciliación, está vía les está vedada, lo cual no quiere decir que no se puedan separar les queda la vía contenciosa, aunque por supuesto siempre es mejor esperar el año y presentar la demanda de mutuo acuerdo.

3º Que junto con la demanda petición de separación se presente el Convenio regulador, del que hablaremos más detenidamente al final de este epígrafe y al que ya hemos hecho referencia siquiera sea sucinta.

Esta exigencia es lógica, si se decide libremente la separación haya o no causa, también es lógico permitir a los que se van a separar que decidan los efectos de su separación, tales como la custodia de los hijos, el uso de la vivienda y los hijos, las pensiones y la disolución y liquidación de Regímenes económicos matrimoniales en los que haya bienes comunes (v.gr. la sociedad de gananciales que es la más corriente en España) .

Ahora bien, la decisión que adopta el legislador reformador del Código es quizá un poco arbitraria al obligar a dejar todo “atado y bien atado.” Nos explicaremos. Los problemas de los mutuos acuerdos no están la mayoría de las veces en la decisión de separarse (o divorciarse si tal es el caso). Muchas veces los esposos están de acuerdo, pero se empecinan en las cuestiones secundarias (y la más de las veces la económica sobre todo en la liquidación de los bienes comunes y su atribución). Ello en no pocas ocasiones da al traste con las eventuales negociaciones que se llevan a cabo y obliga en no pocas ocasiones a pasar por un proceso contencioso, que es largo, molesto para las partes y los hijos, en la que los esposos actúan como verdaderos desconocidos el uno para con el otro y en los que se inventan mil y una argucias para perjudicar al contrario⁶.

Esta exigencia de un convenio que regule todas las cuestiones supone que al juzgador se le da el trabajo hecho en su mayor parte, pese al deber de revisar los convenios reguladores sobre todos en las cuestiones en que hay hijos menores o incapacitados, pero también impide, en no pocas ocasiones, que la separación sea de mutuo acuerdo, y hacer ejercer al Juez sus funciones “arbitrales” más que de mera imposición en asuntos como estos, que muchas veces se podrían solucionar con la intervención de un tercero dotado de autoridad.

2.2.1.1 El proceso de separación de mutuo acuerdo:

Toda separación requiere un proceso judicial. La de Mutuo acuerdo también. Y todo proceso requiere una demanda. Y ello implica la necesidad de contratar los servicios de un abogado y un procurador. Fuera de esto le vamos a decir que el proceso no es complicado ni largo.

Como le decimos es necesario presentar una demanda en la que cumpliendo los requisitos vistos, se acompañará al menos: Certificación de Matrimonio (la del Registro Civil, no vale el libro de familia); si hay hijos la certificación de nacimiento de los mismos san o no sean mayores de edad (y le decimos lo mismo no vale el Libro de familia); y por supuesto el Convenio Regulador.

El abogado y el procurador pueden ser comunes o puede ser individual de cada uno de los esposos. En la duda sobre si el abogado que ha buscado su marido o su mujer es absolutamente imparcial, contrate Ud. uno. Es un gasto que le resultará rentable a la larga y que con toda probabilidad le evitará problemas y malos entendidos. Si Ud. no tiene medios para pagarse un abogado recuerde que existe un Turno de Oficio, en el que hay magníficos profesionales.

Presentada la demanda, cuando por turno les corresponda (son unos juzgados con muchos señalamientos), les llamarán para que acudan a ratificarse en la demanda y en el Convenio Regulador. Lo cierto es que la mayor parte de los Juzgados de familia como vean las cosas bastante claras (como sucede en las separaciones de personas mayores en las que los hijos son adultos), suelen citar con una cierta prontitud (ésta no es una regla general) por la sencilla razón de que es un caso que se quitan con rapidez.

⁶ Pese a que los jueces tratan de ponerle coto, muchas veces haciendo tabla rasa de los casos que no son todos iguales. No obstante por supuesto hay notabilísimas excepciones y jueces verdaderamente heroicos que batallan con una acumulación de procesos ingente (los juzgados de familia son de los más atascados) y con procesos que se extienden en el tiempo años y más años, en fases de separación, divorcio, ejecuciones de varia índole etcétera... lo que en verdad les impide prestar más atención a los expedientes puestos bajo su decisión.

Esta ratificación se puede hacer en la sala de audiencias del Juzgado, pero en pocas ocasiones se realiza en la secretaría del Juzgado delante de la mesa de un oficial y a veces diga lo que diga el papel que le dan a firmar no está presente ni el Juez, ni el secretario Judicial (lo cual evidentemente no es algo que permita la Ley). Le preguntarán si está de acuerdo en la separación (o algo parecido) y le mostrarán el Convenio que firmó para que diga si es o no suya la firma y si se ratifica en su contenido.

Si Uds. han tenido hijos y estos son menores o están incapacitados (supuesto que si le afectaría a Ud. como persona mayor) interviene además el Ministerio Fiscal que se supone que actúa para defender a estos menores o incapacitados. Tiene que informar sobre estos al tribunal o Juzgado de forma que lo pactado no les perjudique o lo menos posible.

Además si existen hijos mayores de 12 y a los menores de esta edad o incapacitados con suficiente juicio o entendimiento, el juez debe al menos de oírles sobre la separación de sus padres.

Hecho esto pueden suceder varias cosas:

- Que uds. se ratifiquen sin mayores problemas y que el Juez vea todo conforme, que esté de acuerdo con el Convenio, que vea que no haya perjuicios o desigualdades flagrantes para los cónyuges en el convenio, que los hijos (de haberlos y ser estos menores o incapacitados) tiene sus intereses afectivos y económicos a salvo y el fiscal, de haberlo, no pone reparos sin más trámite dictará sentencia de separación y aprobará el convenio.

- Que no se ratifiquen los dos o uno de los demandantes (cónyuges) se archiva el procedimiento sin perjuicio de que la separación sea solicitada contenciosamente.

- Que se ratifiquen Uds. En su convenio pero el Juez vea que su convenio no es admisible en su totalidad o en alguna parte (p. ej. no deciden sobre la custodia y visitas de un hijo incapacitado a su costa). En este caso dicta sentencia de separación pero no de aprobación del convenio, y da un plazo (10 días) a los cónyuges para que le presenten uno nuevo en todo o sólo en la parte que haya motivado los reparos de su señoría, si no se presenta decidirá el Juez por auto las medidas, si se presenta estará sometido a ulterior aprobación del juez (artículo 777.7 LEC). Aunque no es raro en la práctica que en el acto de la ratificación sea ya el propio juez el que manifieste los reparos que le ofrece el convenio por si los cónyuges quieren modificarlo sobre la marcha e incluso suspender el acto para que se presente uno nuevo.

La sentencia de separación (o divorcio) que así se dicte es firme, en cuanto a la separación o divorcio pero puede ser apelada por el Ministerio Fiscal en interés de los hijos o por las partes si la decisión del juez (ese auto que dicta) se aparta de lo que ellos pactaron.

2.2.1.2. EL Convenio Regulador.

Sobre este convenio se ha discutido por juristas y abogados cual sea su naturaleza, pero no le vamos a cansar con ello. Baste decirle que como su propio nombre indica es un convenio (una especie de contrato en sentido amplio y general) que los que se van a separar (o divorciar) redactan para regular los efectos a que va a dar lugar su separación y divorcio, sin perjuicio de los efectos que la ley otorga estos estados civiles.

De la redacción material del convenio no se preocupe. Lo hará su abogado, en base por supuesto a los datos que le hayan dado, y si algo se les ha olvidado no se preocupe que se lo preguntará. no obstante si es interesante que Ud. sepa sobre que materias tienen que acordar.

Este convenio y su contenido está contemplado en el artículo 90, que es el mínimo exigible al contenido aunque puede suceder que alguno de esos contenidos no sea necesario incluirlo como por ejemplo el referente a los hijos pues puede no haberlos o ser tan mayores, tan independientes que la regulación sea superflua. O sobre el régimen económico matrimonial que puede no existir (v. gr: por separación de bienes)

El convenio debe de reunir además unos mínimos imprescindibles en cuanto a su espíritu y que son: respetar la igualdad de los cónyuges, la protección de los intereses de los hijos menores e incapacitados (y aun de los mayores de edad si son dependientes económicos y el respeto de las normas imperativas que marca la ley (p. ej. la imposibilidad de dividir el patrimonio ganancial de forma diferente a por mitad) .

El contenido que marca el artículo 90 (y en parte el artículo 103 al que se hace referencia es el siguiente):

- Acuerdos sobre los hijos: Ejercicio de la guarda y custodia (quién de los cónyuges se quedará a convivir con el hijo menor o incapacitado) y ejercicio de la patria potestad, pero ojo sólo sobre la forma de ejercicio (P. ej. forma de prestarse los consentimientos necesarios, la representación legal del menor o incapacitado, pactos sobre la administración de sus bienes si los tiene...). En ningún caso se puede pactar sobre la titularidad de esta, porque es irrenunciable.
- Relacionada con el anterior está el régimen de comunicación, visitas y estancias con el progenitor que no tenga la guarda y custodia pudiéndose incluir y esto se va haciendo cada vez más necesario las visitas y comunicaciones del menor o incapacitado con otros parientes y allegados.
- Pactos sobre el régimen de comunicación y visitas de los nietos con sus abuelos (aspecto este del que tratamos más extensamente en el epígrafe que sigue).

Como de estas materias hablaremos constantemente debemos decirle que comunicación es el derecho que tienen los padres y parientes a tener relación, con el menor o incapacitado, sea por teléfono, por carta, a saber si está enfermos, a hacerle visitas en el hospital etc... Los supuestos son muy variados.

El derecho de visita es de verle y contactar con el materialmente, no sólo de comunicar con él y saber de la vida del menor e incapacitado.

El derecho de estancia es el que asiste a los padres a pasar temporadas con el menor o incapacitado. Es pues una extensión de los derechos, sobre todo del de visita con el que a veces se confunde incluso terminológicamente (anteriores por intensidad y convivencia en el tiempo). Por lo general estas estancias se concretan en fracciones de las vacaciones (verano, Navidad, y Semana Santa), y en fines de semanas y puentes.

En cualquier caso tenga Ud. algo muy presente. Este “derecho” es indisponible pues se considera parte de la patria potestad y como esta es irrenunciable. Los padres no pueden renunciar a él de buenas primeras. Lo único que se puede regular por el pacto es su contenido el ejercicio de este derecho-función. Por eso tanto los pactos sobre el ejercicio de la patria potestad, la determinación de quién ha de quedar en la guarda, y los derechos de comunicación, visitas y estancias, no se pueden adoptar en beneficio de los cónyuges o de los parientes (abuelos p. ej. y en cuanto a lo que nos interesa), sino siempre en beneficio del menor o incapacitado). Ud. puede tener muchas ganas de ver a su hijo todos los días de la semana, pero ello puede interferir en sus estudios.

- Pactos sobre la vivienda y el ajuar familiar, es el pacto por el que se determina quién de los esposos va a quedar en el uso de la que ha sido vivienda familiar y de los muebles y objetos de uso ordinario. Tal pacto es inscribible en el registro de la propiedad al ser el Convenio Regulador homologado judicialmente un verdadero documento público semejante a la escritura pública.

En los casos de que la vivienda sea alquilada puede pactarse la subrogación del cónyuge no titular del contrato, pero en este caso han de seguirse las normas de la Ley de Arrendamientos urbanos sobre la necesidad de notificarlo al arrendador.

- Pactos sobre la contribución de cada cónyuge a las cargas del Matrimonio y pensiones alimenticias.

Quizá hablar de cargas matrimoniales en un momento en el momento en que se acaba la convivencia parece un contrasentido que no es tal si se entiende (es el supuesto más frecuente) que puede haber hijos comunes o no menores o incapacitados, a los que es preciso pagar una pensión que se denomina de alimentos.⁷ Puede haber obligaciones comunes aun pendientes o puede haber obligación de pagar los gastos del proceso (litis expensas⁸).

Tenga Ud. en cuenta que la pensión alimenticia que debe de pasarse a los hijos menores o incapaces es irrenunciable por ninguno de los cónyuges, y que va a ser uno de los puntos (junto con las comunicaciones y visitas y patria potestad en las que el Juez y el fiscal va a poner su máxima atención).

- Pensiones compensatorias: Si uno de los cónyuges no tiene ingresos y su patrimonio es menguado, tiene derecho a obtener una pensión del otro. La pensión es renunciable por el cónyuge que tiene derecho a ello, siempre y claro que el pacto no sea una imposición. La pensión se fija de acuerdo con

⁷ Véase el tema sobre alimentos.

⁸ Con este nombre latino, se denomina precisamente a esos gastos que se producen en el proceso de separación o divorcio, fundamentalmente los de abogado y procurador. En estos casos si uno de los cónyuges tiene pujanza económica se ve obligado a pagar os gastos que en estas materias haya incurrido su consorte, ya que tal situación, y por el hecho del matrimonio puede llevar a que uno de los cónyuges pese a solicitarlo se vea privado del derecho a la asistencia jurídica gratuita (Turno de oficio) . No obstante como no se le escapará estos supuesto son raros en las separaciones de mutuo acuerdo y más si se acude bajo una misma representación (procurador) y dirección letrada (abogado) salvo que el proceso se haya iniciado como contencioso y luego se reconduzca al mutuo acuerdo, en este caso puede llegar a darse pero de verdad le decimos que o es habitual.

unos parámetros que establece el propio Código Civil artículo 97, sobre el que luego hablaremos.

Tanto con respecto a esta pensión compensatoria como respecto de las pensiones a los hijos deben de establecerse en el convenio las bases de actualización, a fin de que a la persona a la que se suministra dicha pensión no pierda valor adquisitivo. Generalmente es el Índice de Precios al Consumo⁹. Pueden pactarse además que el obligado a pagar las pensiones establezca determinadas garantías sobre su patrimonio personal.

- Pactos relativos a la Liquidación del régimen Económico matrimonial. Pactos que pueden hacerse innecesarios si los cónyuges están sometidos a algún régimen de separación de bienes. La liquidación de un régimen económicos de comunidad, por ejemplo la Sociedad de gananciales, es un tema bastante complejo, con una serie de partidas y adjudicaciones, que en definitiva hará su o sus abogados y a lo que en su momento diremos sobre las sociedades conyugales (en otro tema) nos remitimos.

Si bien no es necesario también se suelen incluir (casi vamos a decir que de manera consuetudinaria) en los convenios reguladores una especie de pacto que suele ser previo a los anteriores por el que los cónyuges acuerdan la separación (o el divorcio en si) concediéndose recíprocamente autorización para vivir separados y plena libertad para organizar su vida de la manera que tengan por conveniente.

2.2.1.3. Pactos sobre visitas con los abuelos y otros parientes y allegados:

Muy importante es, en cuanto que es de interés para las personas mayores, es la reciente evolución en cuanto a las relaciones que pueden tener los abuelos con los nietos. Este es un tema que se ha puesto de relieve en base a la recentísima reforma del Código Civil.

En efecto nuestro Código en su artículo 160 disponía de una manera muy sucinta que no se puede impedir sin justa causa las relaciones entre el hijo menor y otros parientes y allegados.

Pero lo cierto y verdadero es que con más frecuencia de la que era deseable, al regularse bien sea en el convenio (mutuo acuerdo) o en la sentencia (separación o divorcio contencioso) los aspectos referentes a los derechos de visitas y estancia se tenía la tendencia a considerar con este derecho sólo a los progenitores obviándose de una manera a nuestro juicio muy injusta (a los abuelos y a parientes cercanos). Ello obligaba (aunque no era muy frecuente) a que el abuelo que quisiera mantener sus relaciones con sus nietos, se viera obligado a demandar un derecho de visitas a su favor (de conformidad con el artículo 160 C.C).

La nueva ley pretende paliar de alguna manera este sin sentido obligando a la inclusión en las medidas que se tomen en la separación y el divorcio este derecho de los abuelos de no perder por el mero hecho de que sus hijos y yernos (o nueras) se separen o divorcien el contacto que habían tenido con sus nietos si los hubiera habido.

⁹ Que es el que emplean los Juzgados.

Y efectivamente como señala la exposición de motivos de la reforma *“El legislador no puede olvidar que el ámbito familiar no se circunscribe únicamente a las relaciones paterno-filiales que, aunque prioritarias, no pueden aislarse del resto de relaciones familiares. Tampoco se puede considerar que la mención residual del actual artículo 160 del Código Civil ponga suficientemente de manifiesto la importancia de las relaciones de los abuelos con sus nietos.*

En efecto, cabe entender que los abuelos, ordinariamente ajenos a las situaciones de ruptura matrimonial, pueden desempeñar un papel crucial para la estabilidad del menor. En este sentido, disponen de una autoridad moral y de una distancia con respecto a los problemas de la pareja que puede ayudar a los nietos a racionalizar situaciones de conflicto familiar, favoreciendo en este sentido su estabilidad y su desarrollo. Contrarrestar situaciones de hostilidad o enfrentamiento entre los progenitores y dotar al menor de referentes necesarios y seguros en su entorno son circunstancias que pueden neutralizar los efectos negativos y traumáticos de una situación de crisis”.

Por esta razón se reforma varios de los preceptos que en este tema analizamos en primer lugar el ya citado artículo 160, que ahora distingue entre los abuelos y demás parientes al disponer que *“No podrán impedirse sin justa causa las relaciones personales del hijo con sus abuelos y otros parientes y allegados”.*

En base a esto se modifica el artículo 90 relativo como estamos viendo a los convenios reguladores de la separación y el divorcio obligando a que en el convenio se incluya de forma expresa (letra b) los pactos relativos Al *“régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos”.*

Es notable también en la reforma la intervención que pueden llegar a tener los abuelos en el proceso de separación o divorcio, pues en los caso de separaciones o divorcios contenciosos, se impone el Juez la obligación de determinar en su sentencia el régimen de visitas y comunicación menor con sus abuelos, régimen que debe de adoptarse con la audiencia no sólo de los padres sino también con la de los abuelos si bien con la salvedad de que en estos casos es si el Juez lo estima conveniente. Es de esperar que esta conveniencia no sea usada por nuestra judicatura como una manera de poner cortapisas a la intervención de los abuelos en la fijación del régimen de visitas con sus nietos.

No nos queda más que señalar que si alguno de sus hijos está inmerso en un proceso de separación o divorcio, cuide Ud. que se respeten sus derechos en cuanto a la fijación de un régimen de visitas con sus nietos lo suficientemente generoso para Ud. y conveniente para sus nietos.

2.2.2. La separación de mutuo acuerdo sobrevenida.

Si Uds. antes de iniciar los trámites de la separación no se pusieron de acuerdo en los términos de sus separación (o divorcio) lo normal es que alguno de Uds. haya ido a su abogado y haya puesto la demanda de separación (alegando como causa de separación la que haya tenido por conveniente o mejor dicho la que sea procedente) el otro habrá contestado, también de la forma en que haya querido y como lo normal es que Uds, si estén de acuerdo en el puro hecho de la separación (no es tan frecuente con lo del divorcio) y en lo que hayan discrepado es en los efectos del mismo, también es posible que durante el proceso lleguen a un acuerdo para concluirlo de la manera más rápida, satisfactoria y que menos hilachas de orgullo herido deje.

En estos procesos se sabe a ciencia cierta qué es lo que pide cada uno, intervienen abogados por cada una de las partes que intentarán (si son unos buenos abogados mediar) y por ello sin ser fácil es posible que al final cediendo ambas partes se llegue a un acuerdo.

En estos casos se pone en comunicación de juez al tiempo que se aporta el convenio regulador y el proceso sigue como hemos dicho: ratificación, etc....

2.2.3. La separación contenciosa: causas de separación.

Cuando entre los cónyuges no hay acuerdo de ninguna clase hay que acudir a que decida el juez entre las posturas de uno y otro, como hay contienda entre los dos, la separación es contenciosa.

La separación contenciosa en nuestro derecho puede pedirse desde el primer momento cuando concurra la causa de separación, porque lo característico de este tipo de separación es que debe de obedecer a una causa, sin que implique necesariamente culpabilidad del cónyuge sino sólo imputabilidad.

De tal modo el esposo que pide la separación a un Juzgado, que pone la demanda de separación, (salvo que la cosa acabe siendo de mutuo acuerdo) debe de alegar y acreditar que existe una causa una razón por la que la pide que no lo hace caprichosamente. Estas causas son:

2.2.3.1. Causas de separación: (artículo 82 Código Civil)

1ª *“El abandono injustificado del hogar La infidelidad conyugal, la conducta injuriosa o vejatoria y cualquier otra violación grave y reiterada de los derechos conyugales”.* Deben de hacerse una serie de apreciaciones:

- La infidelidad conyugal no puede invocarse como causa de separación *“si existe previa separación de hecho libremente consentida por ambos o impuesta por el que la alegue”*. Quiere decir esto que si hay separación ya no puede haber infidelidad ni tampoco se puede acudir a esta causa por el que es el infiel.

- El abandono del hogar: ha de ser injustificado. Si a Ud. le están pegando, injuriando o vejando de alguna otra manera, y se va de su casa para evitar esa situación no hay abandono de ninguna clase. Por esto dice el artículo 105 (del Código) que *“ No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en le plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores.”*

- Respecto del incumplimiento grave y reiterado de los deberes conyugales, si hay que decirle que esta causa tiene una cierta tendencia en nuestros Tribunales y jurisprudencia a convertirse en una especie de “cajón de sastre” de las separaciones, pues ante la rigidez de las causas de separación, en la imposibilidad de poner de acuerdo a los cónyuges para una separación de hecho, debe ciertamente de ampliarse los supuestos en que se constate la ruptura de la convivencia y que puedan por tanto los esposos acceder a la separación.

Esta causa suele ser enunciada por los tribunales como ruptura de la convivencia, desafección conyugal, desaparición de la “affectio¹⁰ maritalis”, quiebra de la convivencia, mutua discordia... de tal manera que en no pocas ocasiones los juzgados basta con ver la presentación de la demanda de separación, para decir que existe esta quiebra conyugal que puede dar a la separación y en base a esto la dictan. Estos supuestos son frecuentísimos

¹⁰ Entendida como deseo de unión, afecto conyugal o convivencia marital.

cuando el demandado no se opone a la separación en sí misma, aunque sí a los efectos (pensiones, custodias, visitas...). Es por esto que esta causa es de la más invocadas para las separaciones que no son de mutuo acuerdo, pues evita dar más explicaciones sobre la vida de la familia y de los consortes.

2ª *“Cualquier violación grave o reiterada de los deberes respecto de los hijos comunes o respecto de los de cualquiera de los cónyuges que convivan en el hogar familiar”.*

3ª *“La condena a pena de privación de libertad por tiempo superior a seis años”* La razón es la separación material de los esposos.

4ª *“El alcoholismo, la toxicomanía o las perturbaciones mentales, siempre que el interés del cónyuge o el de la familia exijan la suspensión de la convivencia”.*

5ª *“El cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses libremente consentido”* y añade este artículo: *“Se entenderá libremente prestado este consentimiento cuando un cónyuge requiriese fehacientemente al otro para prestarlo, apercibiéndole expresamente de las consecuencias de ello, y éste no mostrase su voluntad en contra por cualquier medio admitido en derecho o pidiese la separación o las medidas provisionales a que se refiere el artículo 103, en el plazo de seis meses a partir del citado requerimiento”.* Tenga Ud. pues cuidado con cartas notariales o semejantes y tenga en cuenta que en este caso el silencio o no demandar la separación o las medidas provisionales¹¹ hace bueno eso de que quién calla otorga.

6ª *“El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el plazo de tres años”.*

7ª *“Cualquiera de las causas de divorcio en los términos previstos en los números 3º, 4º y 5º del artículo 86”* (que luego veremos).

2.2.3.2. El proceso de separación:

Cuando hemos venido repitiendo que es un proceso contencioso y ello implica que hay dos posturas encontradas que contienden entre sí.

El proceso de separación contenciosa es bastante más complicado que el de separación de mutuo acuerdo, y por supuesto no le vamos a cansar con minucias procesales, porque para eso se habrá provisto (o le habrán provisto en caso de beneficio de justicia gratuita) de un abogado y un procurador.

Si no obstante debe de tener en cuenta una serie de cosas:

- Este procedimiento es largo.
- Tenga en cuenta que es como si hubiera dos procesos que se solapan, en el tiempo. Uno de ellos el de medidas provisionales y el procedimiento principal. Ello supone en principio dos “juicios” (por decirlo en un lenguaje llano) en los que tiene que estar presente y sujeto a las preguntas del abogado contrario (que por lo general no suelen ser muy corteses) con los consiguientes perjuicios que de todo orden suelen traer estas cosas.

¹¹ Son una especie de proceso previo a la separación

- De haber hijos puede llegar a darse (de oficio, decidido por el juez o a petición de una de las partes) que se oiga a los hijos menores de edad.
- La sentencia que dicta el Juzgado de primera Instancia no es firme ni produce por sí sola la separación, está sujeta a recurso de apelación ante la Audiencia, y aunque ninguna de las partes recurra lo referente a la separación, esta sentencia no se inscribe en los Registros como el Civil, ni se puede ejecutar por ser materia personalísima, a diferencia de los que ocurre con las pensiones que se fijan en la sentencia que sí que se pueden ejecutar provisionalmente.
- En el proceso contencioso de separación (como en el de divorcio) cabe que pese a ser Ud. el demandante sea reconvenido (que es la demanda que formula el demandado contra Ud.) alegando otra causa de separación, demanda reconvenicional que es necesario a su vez contestar con e consiguiente alargamiento del divorcio.
- Es preciso acreditar la causa de separación, con las matizaciones que le hemos hecho en cuanto a la causa primera de separación, que facilita notablemente las cosas.

2.2.3.3. EL cese efectivo de la convivencia conyugal:

El eje del sistema que instaura nuestro Código Civil (en cuanto Ley reguladora de estos supuestos de crisis matrimonial) es lo que llama el cese efectivo de la convivencia conyugal.

Colocamos aquí el estudio de esta causa-eje central, alterando un tanto el orden que siguen los artículos del Código, por una razón metodológica que Ud. comprenderá rápidamente. La ley considera este cese, como la causa principal que motiva la crisis matrimonial. De hecho Ud. ha tenido ocasión de ver como varias de las causas de separación se reconducen a este cese de la convivencia durante unos plazos mayores o menores y lo mismo va a ver con las causas de divorcio, que son causas-cese de la convivencia.

El cese efectivo de la convivencia supone la ruptura de las relaciones personales que instaura entre los esposos el matrimonio. Cuando el Código dice que este cese debe de ser efectivo está, quizá redundantemente, exigiendo que sea una ruptura cierta, real, verdadera, constatable, como voluntad de los cónyuges de romper los lazos que les ligaban, lazos afectivos en definitiva.

No se trata de una mera convivencia pasiva, como la que se produce por el transcurso de los días en un mismo domicilio o casa. Es convivencia activa como comunidad de intereses, de modo tal que puede existir aquella, pero no esta. Ud. por su experiencia, propia o por sus relaciones con amigos, familiares conocidos, sabe de cuantos matrimonios viven en una misma casa (por razones diversas, como puede ser para no perjudicar a los hijos, porque no tienen otra casa en la que hacer sus vidas separadas, por inercia, por el “que dirán”...) y sin embargo no “conviven” o son como dos extraños (de la misma manera que dos personas que comparten piso).

Por otra parte Ud. también sabe que hay matrimonios que por razón de trabajo, de ocupaciones, de viajes, se ven obligados a pasar largas temporadas separados, pero sin que ello implique que se haya extinguido entre ellos el afecto, que sigan haciendo planes en común, que sean una comunidad... Aquí no hay convivencia continuada material, pero sí hay una convivencia afectiva, que puede llegar a ser a pesar de la distancia hasta intensa.

A la primera de estas situaciones a las que alude el cese efectivo de la convivencia a la ruptura del lazo de afecto, no a lo segundo, por esto el Código Civil alude (artículo 87) a que *“El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 (separación) y 86 (divorcio) de este código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho...”* y por el contrario señala que *“La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga.”*

Todo esto está muy bien sin duda, pero el cese efectivo se manifiesta también (y principalmente) en el cese material de la convivencia, como ocurre cuando uno de los cónyuges abandona el domicilio.

El cese efectivo alude también a la separación de hecho de los consortes.

Después de esto que le llevamos dicho comprenderá Ud. porque nuestros Juzgados y Tribunales reconducen la causa primera de separación a la constatación de una situación de quiebra de la convivencia, de ruptura de los lazos afectivos. Porque si evidentemente esta es la causa central del sistema de crisis matrimonial debe de entenderse también que los Juzgados está para ponerle remedio a situaciones a veces muy enconadas y no a denegar el auxilio judicial.

3. EL DIVORCIO.

Divorcio implica ruptura. En este caso ya no nos encontramos ante una ruptura de la convivencia, o siguiendo el símil que empleábamos más arriba al hablar de la separación no es una “suspensión” del matrimonio, o de la vida en común de los casados, es la desaparición del mismo matrimonio. En el caso de divorcio son los propios cónyuges (y la jurisdicción por supuesto) los que ponen fin al matrimonio tanto de hecho (fin absoluto de la convivencia sin posibilidad de “enmienda” o reconciliación en el mismo matrimonio) como de derecho.

Por esto nuestra legislación considera al divorcio una causa de disolución (artículo 85 del Código Civil) de modo tal que roto el matrimonio los divorciados pueden volver a contraer matrimonio sin incurrir en bigamia, cosa que no pueden hacer los separados.

Como quiera que al inicio de este informe ya le hemos dado una amplia introducción sobre la nulidad la separación y el divorcio, se trataría aquí de determinar cuales son las notas características del divorcio:

1º Es una causa de disolución del matrimonio, no de inexistencia como la nulidad. El matrimonio para el derecho ha sido válido pero a partir de la sentencia de divorcio deja de existir (artículo 85 del Código Civil).

2º El divorcio es siempre una situación jurídica. No hay divorcio de hecho. Antes de la sentencia judicial, por más que haya una causa de divorcio, éste no existe. Solo produce efectos de divorcio a partir de la sentencia firme (artículo 89 Código Civil).

3º El divorcio es siempre causal. La petición de divorcio ante los tribunales puede hacerse de mutuo acuerdo, pero únicamente cuando concurra una causa para el divorcio. Sin causa¹² no hay divorcio que valga. Ello no impide que algunas de las causas de divorcio se basen en consideraciones puramente fácticas (la separación de hecho o cese de la convivencia conyugal) más o menos prolongadas en el tiempo.

4º El divorcio es irrevocable. Produce sus efectos a partir de la sentencia firme de divorcio, y la reconciliación posterior de los cónyuges¹³ no produce efecto ninguno. Ahora bien como los divorciados pueden hacer de su capa un sayo (faltaría más) ello no impide que vuelvan a querer a vivir en común, pero si quieren que esa convivencia vuelva a tener efectos deben de volver a contraer matrimonio (artículo 88 Código Civil).

3.1. El divorcio de mutuo acuerdo.

De la misma manera que se puede pedir la separación por los dos cónyuges o por no de ellos con el consentimiento del otro, ocurre con el divorcio.

Aquí el mutuo acuerdo se refiere a la petición en sí al Tribunal que resulte competente para conocer de este tipo de procesos matrimoniales, puesto que por muy de acuerdo que estén los divorciados si no hay causa de las previstas en la Ley este divorcio no se puede conceder por el Juez. Esta causa además ha de acreditarse.

Ello no implica que el mutuo acuerdo no facilite notablemente las cosas. De hecho supone rapidez en el proceso y mayores ventajas en la sentencia que recaiga. Y más como luego verá cuando muchas de las causas de divorcio se trata de lapsos temporales de cese de la convivencia., siendo la más usada la que computa desde la fecha de la sentencia de la separación judicial.

El proceso es similar al de separación de mutuo acuerdo, vale todo lo que le hemos dicho entonces, la divergencia estriba en que hay que alegar y acreditar la causa de divorcio (que ahora pasamos a ver) lo cual o se hace mediante la aportación de la sentencia de separación, o por documentos públicos o cuasi públicos tales como certificaciones de empadronamiento en distintos domicilios, por testigos que acrediten que realmente los cónyuges viven separados desde hace "x" años etcétera...

3.2. Causas de divorcio:

A través de una lista de 5 causas, nuestro Código pone como causa de divorcio, como ya le hemos dicho el cese efectivo de la convivencia conyugal con unos plazos más o menos largos (más largos que los de la separación por supuesto) unidos a determinados condicionantes, que en no pocas ocasiones obligan a pasar por un previo proceso de separación.

Estas causas (artículo 86 del Código Civil) son:

¹² Salvo lo que le diremos luego.

¹³ Habría que decir más bien de los divorciados.

1ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación formulada por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, cuando aquella se hubiera Interpuesto una vez transcurrido un año desde la celebración del matrimonio.

2ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos un año ininterrumpido desde la interposición de la demanda de separación personal, a petición del demandante o de quién hubiere formulado reconvencción conforme a lo establecido en el artículo 82, una vez firme la resolución estimatoria de la demanda de separación o, si transcurrido el expresado plazo no hubiera recaído resolución en la primera instancia.

3ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos:

- a) *Desde que se consienta libremente por ambos cónyuges la separación de hecho o desde la firmeza de la resolución judicial, o desde la declaración de ausencia legal de alguno de los cónyuges, a petición de cualquiera de ellos.*
- b) *Cuando quien pide el divorcio acredite que, al iniciarse la separación de hecho, el otro estaba incurso en causa de separación.*

4ª El cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.

5ª la condena en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes.

No hacemos más comentarios pues es bastante obvia esta causa aunque rara, pues nadie se espera la sentencia firme.

4. EFECTOS COMUNES DE LA NULIDAD, LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO.

Aunque el estado civil de los que han sido consortes en cada uno de los casos es diferente, así en la nulidad serán solteros cada uno, en la separación continúan casados aunque con la convivencia suspendida y en el tercer caso por divorcio hay ruptura física y jurídica del vínculo. Habiendo habido un matrimonio, y si éste ha tenido una duración ya no digamos larga sino discreta, se producen una serie de lazos entre los cónyuges o contrayentes que el derecho no puede desconocer y que producen efectos aun después de haberse producido la ruptura... el caso más paradigmático es el de los hijos, pues ni la nulidad ni la separación ni el divorcio alteran los deberes de los padres para con sus hijos. Pero otro tanto podríamos decir de los desequilibrios patrimoniales (o de ingresos entre los cónyuges) y otras facetas de la vida en común.

Estos efectos a los que aludimos son los que adopta el Juez de familia en defecto de convenio de los cónyuges o cuando algunos de los puntos de este convenio sea inadmisibles. Por eso dice el artículo 91 del Código *“En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el Juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de*

no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas (efectos por supuesto) que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubieran adoptado ninguna¹⁴. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.”

Aluden estos efectos a las siguientes facetas y circunstancias.

4.1 Los hijos del matrimonio (artículos 92 y siguientes)

Los principios que rigen en esta materia son dos (esencialmente) el primero ya se lo hemos enunciado y es que los supuestos de crisis matrimoniales “no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos” De este modo por el hecho de que estos se hayan separado, divorciado o anulado, los padres deben de continuar ejerciendo la patria potestad con todos los deberes y potestades que implica sobre sus hijos.

El segundo principio reza a favor de los hijos, es decir que todas las decisiones que sobre ellos se adopten en el proceso deben de ser lo más favorables a ellos, primando sus intereses sobre los de los cónyuges. A estos efectos de buscar en todo caso lo más favorable para ellos es por lo que debe el Juez oír a los menores o incapaces siempre que por sus condiciones de razón o entendimiento puedan hacerlo (el Código habla de “suficiente juicio”) conforme al artículo 92.

Ahora bien el propio hecho del distanciamiento de los cónyuges, por causa de la crisis supone, (por imposibilidad material) que algunas de las facultades que integraban la patria potestad (o la tutela) en casos de hijos incapacitados después de emancipados deban de distribuirse incluso adjudicándose a uno solo de los padres, precisamente en beneficio de los hijos.

4.1.1. El ejercicio de la patria potestad.

Se parte aquí del principio que los deberes y funciones que integran esta (salvo los derechos de guarda y custodia) sea ejercida por ambos progenitores.

Ello no implica que absolutamente en todas las cuestiones deban de decidir de consuno. Así en los casos urgentes puede decidir uno sólo de ellos, pero fuera de estos casos lo que se pide es que las decisiones que afecten a los hijos (p. Ej. algo tan sencillo como a que colegio va ir el niño) sean adoptadas por ambos.

Ahora bien la sentencia puede decidir atribuir la patria potestad a uno sólo de ellos, o distribuir las funciones. Y ello tanto más si entre los padres hay excesivos conflictos en cuanto a las decisiones que tienen que tomar conjuntamente. Lo cual a veces se produce pues se utilizan a los hijos como moneda de cambio de la relación o como medida de retorsión de un cónyuge contra el otro.

En los caso de discrepancia entre los padres incumbe al Juez de familia tomar la ulterior decisión (artículo 156 C.C.).

¹⁴ Alude este artículo a las llamadas medidas provisionales o provisionálísimas (antes incluso del propio proceso de separación, nulidad o divorcio) en el que se adoptan de manera provisional como dice su nombre) y durante la pendencia del proceso hasta la sentencia, determinadas medidas y efectos que son eso precisamente provisionales.

La privación de la patria potestad a uno de los padres, si bien es rara en la práctica, se reserva para los casos graves y patológicos.

4.1.2. La pensión de alimentos a los hijos menores, incapacitados o dependientes.

Uno de los deberes principales que tiene los padres además de educar a sus hijos es criarles y alimentarles materialmente.

Por esta razón en la sentencia (a falta de acuerdo expreso o tácito de los padres) el Juez debe de determinar (teniendo en cuenta los usos y circunstancias familiares) que pensión de alimentos debe de pasarse a los hijos.

Por regla general (pero no siempre) se impone la obligación a aquel de los esposos que no convive con ellos o los cuida materialmente y la fijación de la cantidad que ha de pasar a los hijos dependerá por supuesto de muchas variables, pero sobre todo de las económicas. Ya sea por necesidades económicas de los propios hijos o por la situación económica del progenitor obligado a pagar la pensión. Ud. comprenderá que no puede pasar una misma pensión económica quién tiene un sueldo de 1.000 € que quién lo tiene de 3.000 €, ni que son las mismas las necesidades de un niño muy pequeño que la de un adolescente.

Respecto del padre que cuida y se queda con los hijos materiales, por lo general no se le impone el pago de una pensión, al considerarse que su trabajo material para la casa en que viven los hijos, para estos etcétera... es equivalente al de la pensión. A parte de que muchos de los gastos serán sufragados por el mismo, por la misma lógica de las cosas. Claro que sobre estos temas hay mucha casuística en la que no nos gustaría entrar.

La pensión de alimentos no se debe sólo a los hijos menores de edad o incapacitados¹⁵ se debe a los hijos por razón de su necesidad aunque sean mayores de edad. Sabe Ud. además que la mayoría de edad no implica siempre la independencia de los hijos. Razones laborales y de estudios, hacen que a pesar de estar los hijos emancipados, en realidad siguen dependiendo de sus padres hasta una edad en torno a los 23 a 25 años. Por esta razón, el Juez en la sentencia, en las medidas debe de también prever estas circunstancias y si los hubiere debe de fijar en la sentencia la pensión alimenticia que se les debe de pagar.

Cuestión aparte en lo que se refiere a las prestaciones económicas que se deben a los hijos, son los llamados gastos extraordinarios. Gasto extraordinario es el que supera lo normal en los alimentos de los hijos. Por ejemplo una operación, gastos de dentista, gastos de educación especial. De estos gastos también ha de tratarse en la sentencia, puesto que pueden originarse aquí la regla es que estos gastos deben de sufragarse por mitad, salvo que uno de los cónyuges carezca de ingresos o de patrimonio para afrontarlos.

4.1.3. La guarda y custodia de los hijos:

Tener al hijo materialmente es indivisible. Por supuesto que puede suceder que haya varios hijos y que unos quieran estar con su padre y otros con la madre, pero aquí la norma es que debe de procurarse no separar a los hermanos sin causa justificada.

Por ser indivisible a sentencia debe de determinar con cual de los dos padres quedará el hijo o hijos.

¹⁵ Véase el informe referente al derecho de alimentos.

4.1.4. El derecho comunicación, visitas y estancias:

Dice el artículo 94 del Código Civil: *“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.*

Igualmente determinará, previa audiencia de los padres y, si el juez así lo estima oportuno, de los abuelos, el derecho de comunicación y visita de éstos, teniendo siempre presente el interés del menor.”

Alude este artículo al derecho de relación entre los padres y los hijos que no puede quedar truncado por el hecho de la separación, nulidad o divorcio. Y también, tras la reciente reforma, a las relaciones entre los hijos menores no emancipados y sus abuelos

La medida se establece no tanto en beneficio del progenitor y de los abuelos como de los hijos menores o incapacitados. Se diga lo que se quiera por parte de diversas asociaciones de separados o separadas. Esta visita y comunicación es una de las formas de asistencia a los menores e incapacitados que refleja el artículo 39 de la Constitución. Y es por esto que incumbe al juez determinar como se deben de hacer en mayor beneficio de los hijos y de los nietos, indicando el tiempo, modo y lugar. Por que se hace en beneficio de los hijos y nietos es por lo que además estas vistas, comunicaciones o estancias pueden incluso suspenderse o eliminarse. El Código habla de circunstancias graves (y no hace falta saber derecho para intuir de que nos está hablando) graves para el menor por supuesto no para el progenitor.

Este derecho de visitas, comunicación y estancias, queda sin efecto una vez que el hijo llega a la mayor edad, es emancipado antes de que cumpla los 18 años o recupera la capacidad, puesto que como puede regir su persona o bienes de la manera que tenga por conveniente, también decide libremente con quien quiere estar o comunicar, y eso independientemente de que cobre o no la pensión de alimentos.

El derecho de comunicación hace referencia a la posibilidad de no interferir la relación entre los padres y los hijos y los abuelos y los nietos, puesto que la comunicación (y más en nuestra época) no se da sólo físicamente si no a través del teléfono, internet, carta,... y es un derecho que corresponde a todo pariente del menor pero por supuesto y principalmente a los padres y a los abuelos en cuanto que el Código los califica como parientes verdaderamente privilegiados.

El derecho de visita es una concreción del derecho de comunicación, y se refiere al momento físico en que se realiza la comunicación. La estancia serían lo periodos prolongados de tiempo en que el progenitor no custodio pasa con sus hijos en su compañía.

Tenga Ud. en cuenta que en los momentos en que se realiza la visita y estancia, el progenitor no custodio, pasa serlo, y por ello en esos momentos es a él a quién incumbe todas las obligaciones y responsabilidades inherentes a esta custodia.

En esta materia se procura por jueces y tribunales que haya el mayor consenso por parte de los padres. No es raro que en las sentencias se les exhorte incluso a llegar al mayor número de acuerdos posibles sobre estas medidas. Ello forma parte de la consideración, que ya le apuntábamos que si bien el derecho es irrenunciable por los padres si puede regularse su contenido de una manera más beneficiosa y educativa para los hijos. Habida cuenta que tras la reforma también van a ser objeto de este derecho los abuelos y que puede haberlos de las dos ramas paterna y materna, y que incluso estos pueden estar separados, se

precisará por parte de nuestros juzgados que también intenten conseguir el mayor número de acuerdos, y en los caso en que estos no se puedan lograr, sería de desear que nuestro jueces desarrollen la mayor flexibilidad (en interés de los menores siempre) en el desarrollo de estas visitas teniendo en cuenta las particularidades de vida, y posibilidades físicas de las personas mayores.

¿En la practica como se concretan estos derechos? Pues mire hay de todo. A falta de acuerdo suelen concederse fines de semana alternos a los padres para la realización de las visitas en horarios que dependerán de la edad del propio hijo. Las vacaciones se parten en fracciones iguales correspondiendo un periodo a un padre y el otro a la madre (o viceversa). Determinándose las reglas de elección en caso de desacuerdo (p. Ej. decide el padre en los años impares y la madre en los pares).

Es corriente que determinados días muy significativos se partan entre los cónyuges, el caso típico es el del día del cumpleaños o el del día de reyes. También lo es atribuir al padre el día del padre y a la madre el día de la madre.

Respecto de cómo se van a articular las visitas con los abuelos. Pues de momento por lo reciente de la reforma, no se lo podemos decir, es de esperar que en las sentencias se fijen días, posiblemente se hará de manera mensual y que se fijen también como días de visita esos días especiales de que le hablábamos en el párrafo anterior: cumpleaños, navidades, reyes, aniversarios de los nietos etcétera.

4.2. Atribución de la vivienda conyugal:

Los cónyuges están obligados a vivir juntos y a fijar un domicilio conyugal. Esta obligación es pues concreción del asentamiento en un lugar físico de la relación afectiva entre los cónyuges. El domicilio es pues en esta materia matrimonial algo más que una propiedad inmobiliaria. Y eso independientemente de que haya una crisis (en el sentido que la estamos viendo o no) o el matrimonio este en pleno vigor y plenitud. Por esta razón el régimen dispositivo del piso o vivienda en que se asiente el domicilio conyugal es muy particular pues solo se puede disponer de el mediante el consentimiento de ambos cónyuges independientemente de que pertenezca a uno solo de ellos. (artículo 1.339 Código Civil).

Si la cuestión fuera meramente de dominio bastaría, llegado el momento, que la vivienda se atribuya al cónyuge propietario. Pero tal solución muy apriorística daría lugar a situaciones de clara injusticia además de no resolver los caos en que o la vivienda ha sido comprada por los dos esposos en común, o es común por ganancialidad (situación esta que es la mayoritaria estadísticamente) en estas situaciones a quién se atribuye la vivienda? ¿se divide entre los dos? ¿se vende?

Junto con la vivienda conyugal se atribuye también el ajuar, es decir el mobiliario, ropas de hogar y demás objetos de uso ordinario. Sin comprender entre ellos los objetos históricos, artísticos, joyas y demás de extraordinario valor.

La solución que se da en el Código depende de dos factores que haya o no hijos menores o incapacitados en estos casos el beneficio del hijo se vuelve a sobreponer a los demás intereses y es a ellos a quines corresponde la adjudicación de la vivienda; y cual es la situación mas desfavorecida (sobre todo económicamente) de los miembros de la pareja. (artículo 96).

- Si hay hijos la vivienda es para los hijos y el cónyuge en cuya compañía queden, es decir que en la mayoría de los casos la casa va para el cónyuge custodio.
- Si hay varios hijos y unos quedan en compañía del padre y otros de la madre (supuesto raro, dado que ha de procurarse no separar a los hermanos) la decisión incumbe al Juez.
- Si no hay hijos la regla es que la vivienda se atribuya al cónyuge propietario, salvo que el juez discrecionalmente, según las circunstancias de la familia, atribuya el uso de aquella al cónyuge más necesitado de protección. Es decir a aquel que más necesite de habitación o no tenga solucionado el problema de vivienda bien sea por carencia de bienes o de familiares o de trabajo. En cualquier caso esta medida es temporal.

Lo que llevamos dicho se ajusta a las condiciones normales de la mayor parte de las familias pero por supuesto puede suceder que Ud. o Uds. tengan un cuantioso patrimonio y más de una vivienda además de la conyugal. En estos casos nada obsta a que el cónyuge al que no se le atribuya pueda pedir la atribución como vivienda (con exclusión del consorte) de otra que haya.

4.3. Pensión compensatoria:

La pensión compensatoria es aquella que debe pagar uno de los esposos a otro como consecuencia de la separación o el divorcio. Así el artículo 97 del Código Civil señala que

“El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial...”.

Esta pensión no tiene un carácter alimenticio, sino más bien indemnizatorio, hay un desequilibrio económico que debe de ser reparado, por lo que se concede la pensión. Tampoco tiene nada que ver con los alimentos que se deben a los hijos ni con la contribución a las cargas de la familia. Esta pensión es un derecho personal del cónyuge “desfavorecido” y por tanto la puede renunciar, no como los alimentos que son irrenunciables.

El presupuesto o motivo para su reclamación judicial en el proceso de separación, no es como en algunos derechos una especie de sanción al cónyuge culpable. Como quiera que nuestro derecho se centra en causas de separación objetivas u objetivables, y esta pensión tiene un carácter indemnizatorio la causa de la misma es la que enuncia el Código: el desequilibrio económico en que queda el cónyuge, el empeoramiento de la situación económica que ostentaba en el matrimonio respecto de la que va a ostentar después de la separación o el divorcio en comparación con el otro cónyuge.

Esta situación es la frecuente cuando uno de los esposos trabaja y el otro no, sino que se ha dedicado a los hijos o a cuidar de la casa. Es decir es la situación típica de la separación o el divorcio de personas mayores en que por lo general la esposa se queda en casa y el marido trabaja o trabajaba. Lo que se intenta pues es equilibrar la situación.

Ahora bien el punto de partida es la situación que se ostentaba en el matrimonio no la que tengan después. Si después de consumada la separación o el divorcio la posición del cónyuge deudor de la pensión prospera, no por esos habrá derecho de pensión para el otro o incremento de esta (salvo lo que luego diremos).

- **Cuantía de la pensión:** No es determinada como si dijéramos el 50% de lo que gana el cónyuge "X", sino que se fija por el juez atendiendo a las siguientes circunstancias:

- 1ª Los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges.
- 2ª La edad y el estado de salud (referido sobre todo al que la reclama).
- 3ª La cualificación profesional y las probabilidades de acceso a empleo.
- 4ª La dedicación pasada y futura a la familia.
- 5ª La colaboración con su trabajo a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro cónyuge
- 6ª La duración del matrimonio y de la convivencia conyugal.
- 7ª La pérdida eventual de un derecho de pensión (cuando se contrajo el matrimonio).
- 8ª El caudal y medios económicos y las necesidades de uno y otro cónyuge.

- **Conversión o sustitución de la pensión:** Dado que la pensión compensatoria es un derecho renunciable, también admite negociación sobre ella (que es a lo que se está refiriendo el artículo 99 del Código) aludiendo a la sustitución de la pensión fijada por un renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes, o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

Por obvio tendrá en cuenta que para que sea posible cualquier negociación sobre la pensión está debe de haber sido concedida judicialmente, debe de haber ingresado como tal derecho en el patrimonio del cónyuge acreedor de la pensión como presupuesto indispensable para que se acuerde o sustituya o se renuncie a la pensión. Pero así ocurre con la mayoría de los derechos.

Una vez que la pensión ha ingresado en el patrimonio del cónyuge acreedor es cuando se puede convenir lo que se quiera.

La sustitución de la pensión por otros derechos es algo que se conviene entre cónyuges, no algo que se pueda imponer ni por el uno al otro ni por el juez. Y la valoración de su oportunidad corresponderá por supuesto al cónyuge acreedor de la pensión.

La adquisición de este derecho, (sea una renta vitalicia, un usufructo...) que viene a sustituir la pensión puede llegar a ser muy razonable si el cónyuge deudor es una persona con ingresos irregulares, de modo que no sabe si va a poder atender al pago de la pensión en los periodos fijados. Del mismo modo al cónyuge acreedor la sustitución le puede convenir ante los eventuales incumplimientos que, por causas o no imputables al deudor se puedan producir (y créannos si le decimos que se producen con harta frecuencia.)

- **Pago de la pensión:** El Código nada dice en que forma ni en que tiempo ha de pagarse la pensión compensatoria. En principio se fijará por el Juez en la sentencia estableciendo además las bases de actualización.

Normalmente el pago (y por analogía con el derecho y las pensiones de alimentos) se hace por meses en los cinco u ocho primeros días y se actualiza de acuerdo con la variación experimentada por el IPC de los doce meses anteriores.

- Modificación y extinción del derecho a la pensión compensatoria:

Fijada la pensión en la sentencia el legislador ha buscado que tenga una cierta permanencia, por lo que solo se pueden alterar por alteración sustancial en la posición económica de uno y otro (artículo 100. Código Civil). Así si el cónyuge deudor cae en el desempleo lógicamente tendrá que reducirse e incluso extinguirse la pensión compensatoria. Del mismo modo si el cónyuge acreedor mejora de fortuna y deja en parte de necesitar la pensión, esta habrá de modificarse.

La extinción de la pensión se produce según el Código “*Por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona*” (artículo 101).

Por el cese de la causa que lo motivó debe de entenderse la desaparición del desequilibrio económico. El cónyuge acreedor ha encontrado un trabajo o le han dejado unas rentas, o le ha tocado la lotería de suerte que ya no le es necesaria la pensión.

También se extingue el derecho aunque no se diga expresamente por el Código por la renuncia al mismo y por fallecimiento del cónyuge beneficiario del derecho pues es intransmisible.

El fallecimiento del cónyuge deudor no origina por si solo la extinción de la obligación de pagar una pensión, sino que se transmite a los herederos del fallecido. Estos pueden pedir al Juez la reducción e incluso la supresión de pensión si los bienes dejado por el muerto no alcanzasen o perjudicara (si son herederos forzosos o legitimarios) sus derechos a la legitima.

- Reclamación de las pensiones impagadas:

Como todo derecho puede reclamarse judicialmente, pero dado que se ha fijado en la sentencia esta pensión y esta pensión y su cuantía es ante el Juzgado concedente de la pensión ante el que se debe reclamar el pago de las pensiones incumplidas por el deudor, mediante ejecución de la sentencia.

Tenga en cuenta que este derecho debe de reclamarse dentro de los cinco años desde que dejó de pagarse la pensión so pena de que prescriba (artículo 1966 Código Civil) y no pueda ya reclamarse.

Penalmente además la falta de pago de 2 pensiones consecutivas o 4 alternas genera responsabilidad criminal sancionable al cónyuge deudor con penas de arresto de 8 a 20 fines de semana y por supuesto al pago de las pensiones vencidas (artículo 22.3 Código Penal).

4.4. Disolución y Liquidación del Régimen Económico matrimonial:

El artículo 95 del Código determina que “*la sentencia firme producirá respecto de los bienes del matrimonio la disolución del régimen económico matrimonial.*”

Aunque no lo diga el Código para que se de esta disolución tiene que haber un régimen en el que haya bienes comunes, sino la disolución aunque se decrete no pasará de ser meramente nominal.

Ya le decíamos en el tema matrimonial que hay varios regímenes económicos matrimoniales en unos se forma una comunidad de bienes entre los esposos y en otros no. Estos regímenes en que no hay bienes comunes se llaman de Separación de Bienes, que como dicen algunos autores más que un régimen de bienes en el matrimonio supone la ausencia del mismo, puesto que ni se aportan ni se hacen comunes bienes para atender a las cargas familiares y matrimoniales.

Si Ud. esta sujeto a un régimen de Separación de Bienes bien sea pactado o porque es el que le corresponde de acuerdo a su vecindad civil (Cataluña por ejemplo) no tendrá problemas dado que en realidad a parte de teorías) malamente se puede disolver aquello que no existe. La Sentencia en este caso supondrá el cese de su obligación de contribuir a los gastos y cargas familiares.

Si por el contrario Ud. tiene un régimen de Comunidad de Bienes cuyo paradigma en España es la Sociedad de gananciales o de Participación; que la sentencia declare la disolución del régimen si tiene efectos pues a partir de esa sentencia firme, deja de incrementarse el patrimonio común con las ganancias y bienes de los cónyuges, ganancias que desde ese momento devienen en privadas o propias.

Es más si Ud. estaba casado en régimen de Sociedad de Gananciales, a partir de la disolución, y sobre los bienes que formaban parte de la sociedad, se crea una forma de administrar nueva y una nueva comunidad, en todo semejante a la que se formaría entre personas no casadas: una comunidad por cuotas.

Ahora bien el efecto propio de la disolución es servir de base a la Liquidación del régimen económico. Si disolver implica poner fin, extinguir, liquidar implica atribuir a cada uno de los esposos-participes en la masa común aquella porción que les corresponde, de conformidad con el propio régimen de que se trate.

La división no se hace en el propio proceso matrimonial. La sentencia sólo decide la Disolución (el fin del régimen) pero no su liquidación que se hace en ejecución de sentencia, por un proceso de carácter especial para la liquidación de patrimonio comunes. Y cada régimen cuanta con sus especialidades pues no es lo mismo el régimen de participación que el de comunicación foral. volvemos a repetírselo que si hay Separación de Bienes tampoco hay nada que repartir.

Norma especial es la que determina el artículo 95 para los matrimonios declarados nulos. En estos casos si uno de los “cónyuges” es declarado de mala fe (o sea tenia conocimiento y conciencia de la nulidad engañando al otro contrayente), el de buena fe tiene derecho a optar en la liquidación de su régimen económico matrimonial por las reglas de la participación de bienes sancionándose al malicioso a no participar en las ganancias que el de buena fe hubiera podido obtener durante el matrimonio.