

DERECHO CIVIL III

TOMO II

Manuel Bernal Carvajal
viernes, 22 de diciembre de 2023

INDICE DEL DOCUMENTO**LAS INSTITUCIONES DE CRISIS MATRIMONIAL 3**

LA NULIDAD 3

INTRODUCCIÓN 3*EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD:
LEGITIMACIÓN ACTIVA* 6*LA CONVALIDACIÓN DEL MATRIMONIO NULO* 7*EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD
Y EL MATRIMONIO PUTATIVO,
CONSECUENCIAS* 7*EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES
CANÓNICAS SOBRE NULIDAD Y MATRIMONIO
RATO Y NO CONSUMADO* 8

LA SEPARACIÓN 9

CONCEPTO 9*CLASES* 9*LA RECONCILIACIÓN DE LOS CÓNYUGES* 12*LA SEPARACIÓN DE HECHO* 13

EL DIVORCIO 14

*LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN DEL
MATRIMONIO* 14*EL DIVORCIO* 14EFFECTOS COMUNES DE LA NULIDAD, LA SEPARACIÓN Y EL
DIVORCIO 17*Introducción* 17*Medidas en la fase preliminar: medidas* 17*Medidas durante la sustanciación del
procedimiento* 18*Efectos derivados de la nulidad, separación o
divorcio* 20*Las medidas definitivas* 21*Medidas definitivas relativas a los hijos* 22*El convenio regulador* 27*La mediación familiar (anexo)* 28**LAS UNIONES DE HECHO 29**

LA UNIÓN DE HECHO 29

*DEFINICIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN
CONTRAPOSICIÓN CON LA INSTITUCIÓN DEL
MATRIMONIO* 29*NOTAS QUE CARACTERIZAN LAS UNIONES
DE HECHO* 30*RECONOCIMIENTO JURÍDICO* 30*REGULACIÓN DE LA CONVIVENCIA MORE
UXORIO Y DE LOS EFFECTOS EN CASO DE
CESE DE DICHA CONVIVENCIA* 32**OTROS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE MENORES
..... 34**

LA TUTELA 34

LA TUTELA 34SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE MENORES EN SITUACIÓN
DE DESAMPARO 36*MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR* 36*LA GUARDA ADMINISTRATIVA* 37*LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO DEL
MENOR* 37*EL ACOGIMIENTO* 38**INDICE ANALITICO 40**

RESUMEN DEL DOCUMENTO

Tomo 2 de la asignatura derecho civil III, el resumen de la materia nos decía:

“Para esta asignatura es necesario el código civil, los días de prácticas solo se permite el código civil en cualquier formato “Impreso”. El Código civil es esencial, se puede estudiar por los apuntes, pero lo que se ha de saber es el Código civil y algunas leyes que ya veremos, pero esencialmente el Código civil.”

Si suspendiéramos las practicas o bien no podemos presentarnos a la evaluación continua se da que hay un sistema alternativo que hace la practica el día del examen.

*El sistema de evaluación va a consistir en un examen final que consiste en un 80% del total de la nota, será un examen **tipo test** que ya se concretará como ira, otros años han sido unas 40 preguntas y necesita un mínimo para aprobar.*

La nota practica será un 20% el cual se puede adquirir por evaluación continua o por el método del ejercicio práctico en el examen final en caso de no seguir este método continuo, ojo, solo se suma la parte práctica si la parte teórica está aprobada y la suma se hace a partir del 4,5 en las practicas. La suma total ha de dar 5. Por lo que practicas 4,5 y examen 5 mínimo.

Para el estudio de la asignatura se tienen los apuntes docentes dado más los apuntes tomados por el alumno.

Sin embargo, es posible el estudio por manual, se recomiendan el de lasarte Álvarez “C. principios del derecho civil VI, Derecho de Familia, Marcial Pons, Madrid (última edición”. Por su parte es recomendado y necesario el Código Civil.

No solo hay que saber contenidos, sino que hay que ser capaz de exponer de forma ordenada y con la terminología adecuada.

Aunque para contactar hay que hacerlo por el campus virtual sí que podemos contactarla con si correo fuen-santarabadan@uca.es”.

BLOQUE I

LAS INSTITUCIONES DE CRISIS MATRIMONIAL

Lección I

La Nulidad¹

INTRODUCCIÓN

- Las figura de la “instituciones de crisis matrimonial” constituye una de las cuestiones de mayor trascendencia en la práctica, y engloba el estudio de la nulidad, como declaración de inexistencia del matrimonio; la separación, como legitimación del cese del deber de convivencia, y el divorcio, como causa de disolución o desaparición del vínculo matrimonial.

- Veamos más detenidamente en qué consisten:

- **NULIDAD:** el matrimonio no se ha celebrado válidamente, es ineficaz desde el inicio, nunca ha habido vínculo matrimonial.
- **SEPARACIÓN:** matrimonio contraído válidamente. En la separación, se mantiene el vínculo matrimonial y se adaptan los efectos a la ruptura de la convivencia.
- **DIVORCIO:** matrimonio contraído válidamente. Por el divorcio se disuelve el vínculo matrimonial y el matrimonio deja de producir efectos.

- Se trata, por tanto, de distintos supuestos (de ineficacia, disolución y cese de la convivencia matrimonial), y pese a las diferencias apreciables entre estas tres instituciones, se engloban bajo la ya citada expresión “instituciones de crisis matrimonial” que hace referencia a las formas de solución de estos conflictos matrimoniales.

- La actual regulación de estas figuras es resultado principalmente de las siguientes reformas:

- La Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.
- La Ley 5/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de

Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio (suprime el divorcio y la separación causal, la separación deja de ser paso previo al divorcio).

- La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la de Jurisdicción voluntaria (permite el divorcio y la separación ante Notario o Letrado de la Administración de Justicia).
- La Ley 8/2021, de 2 de junio, de reforma para el apoyo a las personas con discapacidad.
- La Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales (que introduce medidas en relación a los animales de compañía en materia de crisis matrimonial).

LA NULIDAD

La nulidad matrimonial es el supuesto de máxima ineficacia de la relación matrimonial, ya que la declaración de nulidad comporta la necesidad de identificar una causa coetánea a la celebración del matrimonio que invalida el vínculo entre los cónyuges desde el mismo momento de su celebración. La declaración de nulidad tiene eficacia retroactiva y genera efectos “extinctivos”. La nulidad sólo puede declararse judicialmente.

No obstante, existen supuestos en los que el matrimonio nulo puede ser susceptible de convalidación.

Por otro lado, también hay que tener en cuenta la existencia del especialísimo supuesto que plantea el matrimonio putativo.

Por otro lado, la transposición de los esquemas nulidad/anulabilidad a la relación matrimonial ha sido tradicionalmente negada por la doctrina más autorizada y la jurisprudencia, dada de una parte la especial naturaleza del matrimonio que reclama un régimen propio, y de otra teniendo en cuenta la existencia del matrimonio putativo. En este sentido, se ha pronunciado el Tribunal Supremo en su sentencia de 18 de diciembre de 1981.

LAS CAUSAS DE NULIDAD

Son aplicables tanto al matrimonio celebrado en forma civil como en forma religiosa (con las peculiaridades del canónico al que se le suman las canónicas, Vid. art. 80 del CC).

¹ Lo que vimos en el conyucticidio se da que los efectos no se pueden retrotraer si se le pilló a posterior, dado que el matrimonio es nulo si la causa de nulidad existe

en el momento de contraer el matrimonio, pero la declaración si es posterior.

Planteamiento General. Art. 73 del CC "es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración:

1. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial
2. El matrimonio celebrado entre las personas a que se refieren los arts. 46 y 47, salvo los casos de dispensa conforme al art. 48
3. El que se contraiga sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la que de los testigos[1].
4. 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.
5. El contraído por coacción o miedo grave".

CAUSAS QUE AFECTAN AL CONSENTIMIENTO

- Tanto la falta de consentimiento como el consentimiento viciado provocan la nulidad del matrimonio, pero cabe la convalidación del matrimonio celebrado en los casos de existencia de vicios del consentimiento.

- Falta del consentimiento

Art. 73.1º del CC: es nulo el matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial. Los supuestos de ausencia o falta de consentimiento tendrían lugar cuando el consentimiento prestado carece de seriedad o consciencia por parte del cónyuge que lo emite (iocandi causa, simulación, reserva mental, embriaguez, etc.).

Respecto a la simulación, el Código civil prescinde de su regulación como causa de nulidad, pero provoca la nulidad matrimonial por falta de consentimiento. En la simulación, ambos contrayentes prestan su consentimiento a un matrimonio que realmente no desean, y que contraen con otras finalidades. Un ejemplo de matrimonio nulo por falta de consentimiento serían los llamados matrimonios de conveniencia o complacencia, en los que verdaderamente no hay consentimiento matrimonial entre los contrayentes, sino que éstos llevan a cabo un acto simulado con la finalidad de obtener alguna ventaja del ordenamiento interno de que se trate, por ejemplo, adquirir más rápidamente la nacionalidad o conseguir un permiso de residencia.

Respecto a la reserva mental, se produce cuando la verdadera intención de uno de los contrayentes es no asumir las consecuencias que derivan del consentimiento matrimonial prestado. Mientras la

reserva mental afecta a uno de los contrayentes, la simulación es común a ambos.

Por otro lado, respecto al consentimiento prestado por una persona con discapacidad, ya hemos visto que "solo en el caso excepcional de que alguno de los contrayentes presentare una condición de salud que, de modo evidente, categórico y sustancial, pueda impedirle prestar el consentimiento matrimonial pese a las medidas de apoyo, se recabará dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento" (último inciso del párrafo 2º del art. 56 del CC). Esto último no significa que se prohíba el matrimonio en este caso a las personas que presentan esas condiciones de salud, sino que exige que se acredite médicamente la capacidad para prestar el consentimiento. De acreditarse, la persona podrá prestar su consentimiento matrimonial válidamente.

Vicios del consentimiento: Puede contraerse matrimonio concurriendo vicios del consentimiento, que tienen como consecuencia la nulidad del matrimonio en que se producen. Así, el Código prevé los vicios del error y de la coacción o el miedo grave (art. 73.4º y 73.5º del CC). Existe vicio del consentimiento cuando la voluntad no haya podido formarse adecuadamente por la existencia de un factor externo (coacción) o interno (error).

Art. 73.4º del CC: es nulo el matrimonio celebrado por error en la identidad o en las cualidades personales del otro contrayente, que por su entidad hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.

El error sobre la identidad del otro contrayente tiene lugar en el supuesto de confusión entre personas.

Más frecuente es el error sobre las circunstancias o cualidades personales del otro contrayente. En estas circunstancias, se incluyen las físicas y psíquicas del otro cónyuge (ejemplo: enfermedades, impotencia, toxicomanías, etc.). Estas circunstancias deben ser anteriores o contemporáneas al matrimonio, dado que, si son posteriores, podrán dar lugar a la decisión de separarse o de divorciarse, pero no habrán afectado al consentimiento (véase la STS de 18 de septiembre de 1989). No se entiende incluida la creencia errónea sobre cualquier cualidad que se estima posee el otro contrayente. Debe tratarse de circunstancias necesarias para el cumplimiento de los fines del matrimonio y las que conocidamente han sido el presupuesto para dar el consentimiento por quien alega el error. Los requisitos para que

se produzca el error en las cualidades personales del otro cónyuge, y que concurren en el caso examinado, son los siguientes: 1º. El error debe recaer sobre cualidades personales del otro contrayente y debe existir en el momento de prestar el consentimiento matrimonial; 2º. Tal cualidad personal debe tener una entidad importante, y 3º. Dicho error ha de ser determinante (esencial) para la prestación del consentimiento.

La prueba de estas circunstancias, como se ha indicado, recae en el cónyuge que ha sufrido el error y pretende la declaración de nulidad matrimonial.

El matrimonio nulo por estas causas, se puede convalidar según el art. 76 del CC.

Art. 73.5º del CC: es nulo el matrimonio contraído por coacción o miedo grave.

El matrimonio nulo por estas causas, se puede convalidar según el art. 76 del CC.

CAUSAS QUE AFECTAN A LA CAPACIDAD PARA CONTRAER MATRIMONIO.

La existencia de impedimentos (art. 73.2º del CC) de los artículos 46 y 47 del CC:

art. 46 del CC, no pueden contraer matrimonio:

- ✚ impedimento por minoría: menores no emancipados.
- ✚ impedimento de ligamen o vínculo: quienes ya estén ligados con vínculo matrimonial.

art. 47 del CC, no pueden contraer matrimonio entre sí:

impedimento de parentesco o exogamia:

- parientes en línea recta por consanguinidad o adopción.
- los colaterales por consanguinidad hasta el 3º grado. Teniendo en cuenta la equiparación entre parentesco por consanguinidad y parentesco por adopción, este impedimento sería también aplicable a la relación de parentesco hasta el 3º grado que se genera por la adopción. Hay que tener en cuenta que conforme al art. 178.3 del CC, el impedimento de parentesco

subsiste entre los adoptados y sus parientes biológicos.

- impedimento de crimen o conyugicidio: los condenados por participación en muerte dolosa del cónyuge o persona con la que hubiera estado unida por análoga relación de afectividad a la conyugal.

- Hay impedimentos que se pueden dispensar. Son dispensables conforme al art. 48 del CC:

- El impedimento de parentesco de 3º grado en línea colateral

- El impedimento de crimen

. Estos impedimentos, pueden ser dispensados por el Juez, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria –art. 48 del CC-. La dispensa obtenida antes de la celebración del matrimonio hará que el matrimonio se contraiga válidamente. Conforme al art. 48 último inciso del CC en el caso de que la dispensa se obtenga con posterioridad a la celebración del matrimonio –y siempre y cuando ninguna de las partes haya instado judicialmente su nulidad- el matrimonio se considera contraído válidamente desde su celebración. Es decir, la dispensa ulterior tiene efectos retroactivos y convalida el matrimonio.

NULIDAD DEL MATRIMONIO POR DEFECTO DE FORMA

- El carácter esencialmente formal del matrimonio (art. 49 del CC) supone que la inexistencia de la forma legalmente determinada acarree la nulidad.

- Art. 73.3 del CC:

- a. Es nulo el matrimonio celebrado en forma civil sin la intervención del Juez de Paz, Alcalde o Concejal, Secretario judicial[4], Notario o funcionario ante quien deba celebrarse (funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil en el extranjero).

- Ahora bien, conforme al art. 53 del CC: “La validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento del Juez de Paz, Alcalde, Concejal, Secretario judicial, Notario o funcionario ante quien se celebre, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe y

aquellos ejercieran sus funciones públicamente". Es decir, el mero ejercicio del cargo por el Juez de Paz, Alcalde, etc. incompetente o sin nombramiento unido a la buena fe de uno solo de los cónyuges priva de efectos a lo establecido en el art. 73.3 del CC y el matrimonio seguirá

siendo válido. Así, de acuerdo con el art. 78 del CC: "El Juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo lo dispuesto en el art. 73.3 del CC".

Por otro lado, tampoco sería válido un matrimonio celebrado en forma religiosa sin la presencia de la persona con autoridad para celebrarlo de acuerdo con la confesión religiosa de que se trate (un sacerdote, un ministro de culto debidamente acreditado, etc.)

- b. Es nulo el matrimonio celebrado en forma civil sin intervención de los testigos exigidos. La falta de los testigos exigidos (dos personas mayores de edad de acuerdo con el art. 60.2 b) y 62 del CC) conllevará la nulidad del matrimonio.

EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE NULIDAD: LEGITIMACIÓN ACTIVA

- El Código Civil regula la acción de nulidad matrimonial para determinar quién tiene derecho a interponerla (legitimación activa) y señalar el plazo de ejercicio en algunos supuestos concretos.

- Según la causa de nulidad se distingue:

a. Regla general (art. 74 del CC). La acción de nulidad es imprescriptible y corresponde su ejercicio a:

- Cónyuges
- Ministerio Fiscal

- Cualquier persona con interés directo y legítimo en la declaración de nulidad (toda persona que resulte afectada por el matrimonio nulo).

Precisamente, el otorgamiento de la legitimación activa a cualquier persona interesada en la declaración de nulidad del matrimonio, hace que la doctrina califique a esta acción de nulidad de pública o semipública.

b. **Regla especial** en caso de **matrimonio de menores de edad** (art. 75 del CC). En este caso la acción de nulidad tiene carácter privado. Corresponde su ejercicio a:

- Antes de que el contrayente menor de edad cumpla los 18 años:

- Padres, tutores o guardadores del menor y, en todo caso, el Ministerio Fiscal.

- Cuando el contrayente menor de edad cumpla los 18 años (es decir, al llegar a la mayoría de edad):

- Solamente cabe el ejercicio de la acción por éste (por el contrayente que era menor de edad cuando se celebró el matrimonio y ahora ha alcanzado la mayoría de edad). La acción tiene un plazo de caducidad de un año a contar desde que cumpla 18 años.

c. **Regla especial** en caso de **vicios del consentimiento** (art. 76 del CC): acción ejercitable por el cónyuge que sufre el vicio de la voluntad (error, coacción o miedo grave). La acción tiene un plazo de caducidad de un año desde el cese del vicio. También en este caso la acción de nulidad tiene carácter privado.

- Conforme al art. 749.1 de la LEC en los procesos de nulidad matrimonial será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la ley, asumir la defensa de alguna de las partes. Además, sea cual sea la causa de nulidad, el procedimiento a seguir en las causas de nulidad será el llamado juicio verbal con las particularidades introducidas por el art. 770 de la LEC.

- Por último, hay que tener en cuenta que el art. 107.1 del CC señala que "La nulidad del matrimonio y sus efectos se determinarán de conformidad con la ley aplicable a su celebración".

LA CONVALIDACIÓN DEL MATRIMONIO NULO

- El principio del “favor matrimonii” favorece la posibilidad de convalidar un matrimonio nulo si desaparece la causa que provocó la nulidad.

- La convalidación significa que el matrimonio inicialmente nulo se convierte en válido y produce todos sus efectos, al mismo tiempo que se extingue la acción de nulidad.

- Las situaciones de convalidación que prevé la ley son las siguientes:

a. Cuando los impedimentos son dispensables (art. 48 del CC) y la dispensa se obtiene con posterioridad a la celebración, pero antes de que se haya instado judicialmente la nulidad por las partes.

b. En caso de minoría de edad del contrayente, se convalida el matrimonio tras un año de convivencia, una vez alcanzada la mayoría de edad por el mismo (párrafo 2º del art. 75 del CC).

c. En caso de error, coacción o miedo grave (vicios del consentimiento), se convalida el matrimonio tras un año de convivencia, una vez que cesa el vicio del consentimiento (párrafo 2º del art. 76 del CC).

- La convalidación es automática, como consecuencia de haberse producido los hechos considerados por la ley como supuestos de hecho de la propia convalidación. Si se dan los presupuestos de la norma, la convalidación se produce *ope legis*, sin necesidad de declaración judicial. No se requiere una nueva declaración de voluntad dirigida a constatar que la convalidación ha tenido lugar. El matrimonio se considera válido desde su celebración por lo que la convalidación tiene efectos retroactivos.

EFFECTOS DE LA DECLARACIÓN DE NULIDAD Y EL MATRIMONIO PUTATIVO, CONSECUENCIAS

- La declaración de nulidad tiene efectos retroactivos “*ex tunc*”. El matrimonio no se ha celebrado válidamente, nunca ha habido vínculo matrimonial, y, por tanto, determina que el matrimonio no ha existido y que no ha desplegado sus efectos.

- Sin embargo, de forma excepcional, en el caso del matrimonio putativo, se produce el mantenimiento de los efectos matrimoniales producidos para los hijos y

el contrayente o los contrayentes de buena fe, desde el momento de la celebración del matrimonio hasta que se declara la nulidad (art. 79 del CC): “La declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume”.

- Concepto. Es una figura que tiene su origen en el Derecho canónico, y que consiste en reconocer ciertos efectos al matrimonio nulo por razón del cónyuge de buena fe y de los hijos. El matrimonio putativo es un matrimonio nulo, y que, por tanto, desde el punto de vista legal, una vez conseguida la resolución judicial de nulidad, no ha existido en ningún momento, debiendo deshacerse todos sus efectos, pero al que incluso así se le permite mantener algunas consecuencias en protección de las partes débiles.

- Presupuestos del matrimonio putativo.

a. Los efectos del matrimonio putativo se producen siempre en relación a los hijos (aunque ambos contrayentes sean de mala fe) y respecto al cónyuge de buena fe (o cónyuges si lo fueran los dos).

b. Para que se produzcan estos efectos es necesario que exista una apariencia matrimonial: Es presupuesto propio de la aplicación del art. 79 del CC la preexistencia de un matrimonio celebrado conforme a cualquiera de las formas establecidas, al menos aparentemente. Por tanto, debe haber habido consentimiento matrimonial y deben haberse observado unas reglas mínimas de forma establecidas por el ordenamiento jurídico aplicable. Esto excluye su aplicación a la convivencia o unión de hecho.

c. Estos efectos se producen de cara al futuro “*ex nunc*”, se considera nulo lo que a partir de ese momento se produzca y se salva lo ya producido. Es necesario que sea objeto de declaración de nulidad, pues en otro caso seguirá produciendo efectos como si fuera válido, aunque realmente no lo sea.

- Efectos del matrimonio putativo²

a. Respecto de los hijos, la declaración de nulidad matrimonial en nada modifica su filiación, que una vez determinada respecto de los cónyuges, producirá los efectos propios tanto antes cuanto después de la declaración de nulidad. Los hijos podrán hacer valer frente a sus progenitores todos los derechos derivados de su filiación ya determinada: apellidos, obligaciones derivadas de la patria potestad, alimentos, derechos sucesorios, etc.

b. En relación con el cónyuge de buena fe, se mantienen exclusivamente "los efectos ya producidos" de conformidad con la eficacia ex nunc de la declaración de nulidad en caso de matrimonio putativo. Así, por ejemplo, el cónyuge de buena fe mantiene la nacionalidad española adquirida por el matrimonio (art. 22.1.d del CC). En la liquidación del régimen económico matrimonial, puede optar por el régimen de participación, sin que tenga el cónyuge de mala fe derecho a participar en las ganancias (párrafo 2º del art. 95 del CC). Asimismo, tienen derecho a la indemnización que prevé el 98 del CC si ha existido convivencia conyugal.

- Sin embargo, a partir de la declaración de nulidad deja de ser cónyuge, por lo que en el futuro no podrá instar derecho alguno fundado en la relación matrimonial (por ejemplo, pierde el derecho a los alimentos y los derechos sucesorios).

EFICACIA CIVIL DE LAS RESOLUCIONES CANÓNICAS SOBRE NULIDAD Y MATRIMONIO RATO Y NO CONSUMADO³

- En el caso del matrimonio en forma religiosa católica, además de las causas de nulidad del Código Civil existen las causas de nulidad del Derecho canónico.

- Si el matrimonio se ha celebrado en forma religiosa canónica, la nulidad puede decretarla un Tribunal civil, con arreglo al Código Civil, o un Tribunal eclesiástico, aplicando las normas del Código de Derecho Canónico. En los casos de matrimonio canónico existirá, pues, una dualidad de jurisdicciones en lo que atañe a la declaración de ineficacia por nulidad.

- Por lo tanto, en los casos de matrimonio canónico se podrá optar para conseguir la nulidad por acudir ante los Tribunales civiles o eclesiásticos. Si se acude ante un Tribunal civil, el examen de las causas de nulidad se lleva a cabo únicamente según el Derecho Civil, por lo que es posible que al encontrarse con una causa de nulidad propia del derecho canónico no conceda la nulidad. Además, la declaración en el orden civil no tiene validez en el orden canónico.

- También es posible acudir ante los Tribunales eclesiásticos, para obtener una declaración de nulidad conforme al Derecho canónico y posteriormente acudir ante los Tribunales civiles para que reconozcan la eficacia civil de la resolución canónica. Por lo tanto, las resoluciones eclesiásticas sobre nulidad carecen de eficacia civil automática, pero pueden llegar a tener eficacia en el orden civil si así se les reconoce.

- Así lo dispone el art. 80 del CC: "Las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de

² Lo que hace el matrimonio putativo es hacer como si el régimen matrimonial nulo, si hubiera existido, es decir se crea la ficción de que ha existido un régimen y por ello se practican las reglas de disolución del régimen, cosa que no hubiera de hacerse dado que no a habido matrimonio, esto se hace para beneficiar al cónyuge de buena fe, y le permite además que el de buena fe opte que se haga conforme a las reglas del régimen de participación (sin importar cual sea el régimen que tenga) con la cosa que el de mala fe no participara en las ganancias del de buena fe. Sobre esto si hay capitulaciones pueden fijar que estas están funcionando, o bien aplicar el de gananciales y SIEMPRE tendrá la opción de usar el régimen de participación sin que el cónyuge de mala fe participe en el de buena fe y este participando en el del otro.

En el matrimonio nulo no hay pensión compensatoria (dado que esta solo está en el divorcio y en la separación) lo que aquí tenemos es la pensión indemnizatoria que se hace su cálculo a través de las reglas de la pensión indemnizatoria.

³ Las entidades religiosas salvo la católica tienen sus ritos, pero no normas, pero en el caso católico, se puede dar que la nulidad se puede acudir de dos formas o bien acudiendo a tribunales eclesiásticos o civiles, el 60.1 y del acuerdo con la iglesia católica le reconoce efectos católicos a los matrimonios en España, y se da que se le reconocerán efectos.

Si se acude al civil, se darán causas de nulidad según el CC, pero si se acude al canónico se dará que se haga según la iglesia, se da que si se acude al tribunal civil se da la anulación de los efectos civiles del matrimonio, si bien el acudiendo a los tribunales eclesiásticos se puede obtener la nulidad, es más interesante la nulidad en el canónico dado que así se declara nulidad de para la iglesia, pero no tiene efectos civiles automáticos, por lo que ha de trasladarse esta nulidad y eso se hace a través de los tribunales mediante el artículo 80 del CC que nos dice que las resoluciones de los tribunales eclesiásticos tendrán eficacia civil cuando a solicitud de las partes se da que se haga según el artículo que ya está derogado por lo que hay que irse al 778 de la ley del 2000 de matrimonios civiles.

Viene esto a decirnos que a estas resoluciones se les puede reconocer eficacia civil, es decir si el tribunal de la "rota" te declara nulo el matrimonio en el orden canónico, puedo hacer que esa eficacia tenga efectos solicitándola. No se revisa el proceso, el juez civil no inicia un nuevo proceso de nulidad, sino que simplemente le da validez a la sentencia del tribunal religioso, es tal como se hace cuando se quiere reconocer la validez de una sentencia extranjera.

Y lo único que se hace es ver si esa sentencia canónica es o no se ajusta al derecho del estado. No suele ocurrir dado que el derecho civil bebe mucho del derecho canónico

Lección II

las partes, si se declaran ajustados al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil competente conforme a las condiciones a las que se refiere el artículo 954 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ". La remisión del CC era al art. 954 de la antigua LEC de 1881 que ya está derogada, por ello en su lugar se aplica el art. 778 de la vigente LEC y los arts. 41 a 55 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

- Por lo tanto, la eficacia civil de estas resoluciones canónicas se produce siempre que estas decisiones se declaren ajustadas al derecho del Estado, por decisión del juez español, de acuerdo con lo establecido en el art. 778 de la LEC y con el sistema de ejecución de sentencias extranjeras que establecen los arts. 41 a 55 de la Ley 29/2015, de 30 de julio, de cooperación jurídica internacional en materia civil.

- Por lo tanto, es necesario:

a. Que la resolución canónica resulte ajustada al Derecho del Estado. No se reconoce su eficacia civil si la nulidad se concedió basándose en una norma contraria al Derecho del Estado. La realidad es que aquí pueden concurrir dos tipos de causas: la nulidad propiamente dicha, que se debe examinar si corresponde a causas homologables con el derecho español; y las declaraciones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado, que ya han sido admitidas por una jurisprudencia abundante, como la STS de 23 de noviembre de 1995. La conclusión a que se llega tras examinar la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y del Supremo es que dicha expresión "ajustadas al derecho del Estado" no exige una revisión del fondo de la sentencia canónica, sino sólo que se obtenga el exequátur u homologación. Por lo tanto, los Tribunales civiles no revisan el fondo de la resolución canónica, es decir, no es una nueva instancia. Tampoco se exige una identidad de causas. Únicamente revisan que sea ajustada al Derecho del Estado.

b. El procedimiento de homologación de estas sentencias dictadas por los Tribunales eclesiásticos (extranjeros a efectos de jurisdicción)[5] es el que viene previsto en el párrafo 1º del art. 778 de la LEC, que señala la necesidad de dar audiencia por un plazo de diez días al cónyuge que no lo haya instado, así como al Ministerio Fiscal. Esto será así cuando, sencillamente, se solicite la eficacia civil de las resoluciones, siempre y cuando, al mismo tiempo, no se solicite ni la adopción ni la modificación de las medidas señaladas en la decisión cuya eficacia se insta.

- Cuando, por el contrario, junto a la homologación se solicite la adopción o modificación de medidas, el procedimiento que se deberá seguir lo establece el artículo 770 de la LEC.

La separación

CONCEPTO

- La separación es la ruptura de la convivencia conyugal que no afecta al vínculo matrimonial, pero requiere la adaptación del régimen jurídico del matrimonio (y de la patria potestad en su caso) a la nueva situación en la que se encuentran los cónyuges.

- Frente a la nulidad (no hay vínculo) y al divorcio (desaparece el vínculo existente entre los cónyuges), la separación provoca únicamente "la suspensión de la vida común de los casados" (art. 83 del CC) manteniéndose, por tanto, el vínculo matrimonial. Por ello, tras la separación continúan estando casados y los cónyuges no pueden contraer un nuevo matrimonio.

- La normativa prevista en el Código Civil respecto a la separación es aplicable, como anuncia el art. 81, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio (civil o religioso).

CLASES

- Podemos diferenciar entre:

1. Separación legal y separación de hecho

1.1. Separación legal: es la que se decreta por el Juez o se formaliza ante el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario. Se distingue a su vez entre la separación judicial (que tiene lugar ante el Juez y se establece tras el correspondiente proceso judicial) y la separación formalizada ante el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario (arts. 81 y 82 del CC).

1.2. Separación de hecho: mera situación fáctica de ruptura de la convivencia conyugal acordada por ambos cónyuges o impuesta por uno de ellos, que no ha sido decretada por el Juez, ni formalizada ante el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario.

2. Separación consensual y separación contenciosa:

2.1. Separación consensual, convencional o de mutuo acuerdo: tiene lugar a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento de otro. Es decir, la separación es consensual cuando existe acuerdo de los cónyuges en torno a la separación y a las medidas que deben adoptarse. La separación

consensual puede acordarse ante el Juez, ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario (arts. 81.1º y 82 del CC).

2.2. Separación contenciosa: se produce a petición de uno solo de los cónyuges ([art. 81.2º](#) del CC). Solamente puede establecerla el Juez. No cabe, pues, una separación contenciosa establecida por el Letrado de la Administración de Justicia, ni por un Notario.

LA SEPARACIÓN LEGAL

- La [Ley 30/1981](#), de 7 julio[1], aparte de la separación por mutuo acuerdo, configuraba la separación contenciosa como una separación causal, es decir, una separación basada en la concurrencia de alguna de las causas previstas en el [Código Civil](#). De igual forma, el divorcio debía encontrar fundamento en alguna de las causas predeterminadas legalmente (era un divorcio causal), siendo una de esas causas la existencia de una separación previa. Así, la separación se concebía como un paso previo al divorcio.

- Con 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 (en adelante [Ley 15/2005](#)) han desaparecido legalmente las causas de separación y divorcio. La citada reforma eliminó de nuestro ordenamiento toda exigencia causal en el régimen de la separación y el divorcio, haciendo indiferente la causa de la ruptura. Por ello, no se requiere en la actualidad que el cónyuge demandante de la separación (o el divorcio) invoque una causa que justifique la decisión de separarse (o divorciarse).

- Además, a partir de la citada reforma de la [Ley 15/2005](#) el divorcio no debe verse precedido de manera necesaria por la separación, sino que los cónyuges pueden acudir directamente al divorcio. El legislador de 2005 mantiene la separación, pero como una figura autónoma y distinta del divorcio. Por lo tanto, la separación ya no constituye un requisito previo para obtener el divorcio. Los cónyuges pueden optar por un sistema u otro para solucionar las vicisitudes de su vida en común. Es más, los requisitos para obtener la separación y el divorcio son los mismos (arts. 81 y 86 del CC). En consecuencia, como indica la Exposición de Motivos de la [Ley 15/2005](#), el mantenimiento de la separación judicial como figura autónoma frente al divorcio se justifica "para aquellos casos en que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio".

- Por último, junto a la separación o divorcio judicial, la LJV de 2015 introdujo como novedad la posibilidad de que la separación y el divorcio se

formalizaran ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario.

LA SEPARACIÓN JUDICIAL

* Concepto y ámbito

- La separación se establece por el Juez.

- Es la procedente cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores con medidas de apoyo atribuidas judicialmente a sus progenitores o en caso de separación contenciosa (aunque no haya hijos en las circunstancias anteriormente mencionadas). Es, pues, el Juez la única autoridad competente para decretar la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto a los que se haya establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, o cuando no exista acuerdo entre los cónyuges (separación contenciosa). Asimismo, también le corresponde al Juez conocer de la separación en aquellos casos en que las partes, de mutuo acuerdo, hubieren acudido al Letrado de la Administración de Justicia o al Notario, y estos hubieren denegado la aprobación o la elevación a escritura pública del convenio regulador presentado ([párrafo 4º](#) del [art. 90.2](#) del CC).

*Clases

- Existen dos clases de separación declarada por el juez, según su origen:

a) La separación consensual, convencional o de mutuo acuerdo, que es la decretada por el juez a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro. Tiene lugar cuando existe acuerdo de los cónyuges, en torno a la separación y a las medidas que deben adoptarse, y existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto a los que se haya establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores.

- Se interpone demanda de separación por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro[2] con la observancia de los siguientes requisitos ([art. 81.1º](#) del CC):

- que la demanda se haya presentado una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio (por lo que será necesario aportar con la demanda certificación de inscripción del matrimonio).

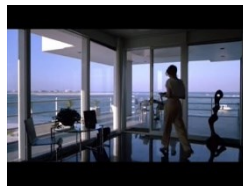
- que la demanda se acompañe **de la propuesta de Convenio regulador, según el art. 90 del CC.**

- Las demandas de separación presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en el art. 777 LEC.

b) La separación contenciosa, que se produce por petición de uno solo de los cónyuges (art. 81.2º del CC) sin necesidad de alegación de causa alguna pero con la observancia de los siguientes requisitos (art. 81.2º del CC):

- Que la demanda se haya presentado una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No obstante, en la separación contenciosa, existen una serie de circunstancias cuya concurrencia permite presentar la demanda de separación, a instancias de un cónyuge, en cualquier momento a partir de la celebración del matrimonio (por ejemplo, si te pega →).

- Así, de acuerdo con lo establecido en el art. 81.2º del CC, el requisito temporal de los tres meses podrá excluirse "cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio".



1 "Durmiendo con tu enemigo"

(Ejemplo en el que se pueden saltar los 3 meses que la ley no permite separación)

- que la demanda se acompañe de propuesta de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación (último párrafo del art. 81.2º del CC).

- En caso de demanda presentada a iniciativa de uno sólo de los cónyuges, se siguen los trámites de juicio verbal conforme al art. 770 LEC.

- Nunca tiene convenio regulador eso solo del la separación consensual, dado que el convenio es el acuerdo de los cónyuges en materia de separación.

***Legitimación para el ejercicio de la acción de separación:**

- A diferencia de la nulidad, la legitimación para solicitar la separación sólo se reconoce legalmente a los cónyuges (art. 81 del CC). Por tanto, la acción de separación tiene carácter personalísimo[3].

LA SEPARACIÓN ANTE EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA O ANTE NOTARIO

- Normativa aplicable. Arts. 82, 83 y 90 del CC; 54 de la Ley Orgánica del Notariado y 61 LRC; y 777.10 LEC.

- Inexistencia de hijos menores no emancipados o de hijos mayores respecto a los que se haya establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores. Esta separación no resulta aplicable cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto a los que se haya establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores (art. 82.2 del CC).

- Mutuo acuerdo. Los cónyuges deben estar conformes en acordar su separación y en las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la misma.

- Plazo mínimo de duración del matrimonio. Es necesario que hayan transcurrido, al menos, tres meses desde la celebración del matrimonio para acordar esta separación (art. 82.1 del CC).

- Formulación de un convenio regulador. Los cónyuges deberán formular un convenio regulador, para su presentación ante el Letrado de la Administración de Justicia o su elevación a escritura pública ante Notario. En dicho convenio regulador, junto a la voluntad inequívoca de separarse, se expresarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el art. 90 del CC.

- Intervención personal de los cónyuges. Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, prestando su consentimiento ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario.

- Preceptiva asistencia letrada. Los cónyuges deberán estar asistidos por abogado en ejercicio.

- Exigencia del consentimiento de los hijos mayores o menores emancipados. Los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

- Valoración del convenio regulador. Si el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario consideran que, a su juicio, alguno de los acuerdos del convenio regulador presentado pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, o gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador (párrafo 4º del art. 90.2 del CC).

EFFECTOS ESPECÍFICOS DE LA SEPARACIÓN LEGAL

- El párrafo 1º del art. 83 del CC dice: "La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica". Es decir, los efectos específicos de la separación legal son:
 - suspensión de la vida en común (convivencia) pero el vínculo matrimonial subsiste (por lo que siguen siendo cónyuges y no pueden contraer matrimonio). Si bien, a partir de la sentencia, decreto o escritura de separación, los cónyuges no están obligados a vivir juntos (cesa el deber de convivencia del art. 68 del CC), ni a guardarse fidelidad y socorrerse mutuamente (aunque sí cabe solicitarse alimentos entre cónyuges separados), ni a compartir las responsabilidades domésticas, dada la quiebra matrimonial existente.
 - cesa la posibilidad de vincular los bienes del otro cónyuge en ejercicio de la potestad doméstica (cesa la convivencia y no tiene sentido mantener esta potestad, que además se establece en interés de la familia). A partir de la separación legal, entre los cónyuges se instaura el régimen de separación de bienes (art. 1435.3º del CC).
 - Por otro lado, el párrafo 2º del art. 83 del CC señala que "Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82. Se remitirá testimonio de la sentencia o decreto, o copia de la escritura pública al Registro Civil para su inscripción, sin que, hasta que esta tenga lugar, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe". Por lo tanto, se necesita la inscripción de la sentencia (decreto o copia de la escritura pública) de separación en el Registro Civil para su plena eficacia frente a terceros de buena fe.

LA RECONCILIACIÓN DE LOS CÓNYUGES

- El efecto característico de la separación es el cese de la convivencia subsistiendo el vínculo matrimonial, por lo que es posible para los cónyuges reanudar esa convivencia, esto es la reconciliación.
- La separación de los cónyuges no implica una situación o decisión irrevocable o irreversible, pues en ciertos casos el "período de reflexión" puede desembocar en la reanudación de la convivencia

conyugal. Desde el punto de vista técnico-jurídico, el mantenimiento del vínculo matrimonial entre los separados no constituye óbice alguno para la posible reconciliación de los cónyuges y, por tanto, la reanudación de la vida en común. En consecuencia, habrá de bastar el mero deseo de los cónyuges separados de volver a reanudar su convivencia para que ésta pueda producirse.

- Por lo tanto, la reconciliación es un acto voluntario de los cónyuges, en virtud del cual cesa la situación de separación, restableciéndose la convivencia conyugal entre quienes no habían dejado de ser cónyuges.

La reconciliación en la separación judicial

- El párrafo 1º del art. 84 del CC establece que "La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo [el hecho de reconciliación] en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique". Por lo tanto, para que la reconciliación produzca efectos es necesario que se ponga en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido del litigio, y que quede constancia, por algún medio fehaciente, que la reconciliación es querida por ambos cónyuges. Si la reconciliación tiene lugar:

- a. Después de interpuesta la demanda de separación y antes del procedimiento: no se inicia el procedimiento.
- b. Durante el procedimiento: se extingue este último y cesan los efectos de las medidas que se hayan tomado. Respecto a las medidas que se hayan tomado en relación a los hijos durante el procedimiento, tras la reconciliación, el Juez debe examinarlas y podrá resolver que se mantengan o se modifiquen, siempre que exista causa que lo justifique.
- c. Tras la sentencia de separación: esta queda sin efecto. Respecto a las medidas que en la sentencia se hayan tomado en relación a los hijos, tras la reconciliación, el Juez debe examinarlas y podrá resolver que se mantengan o se modifiquen, siempre que exista causa que lo justifique. Respecto de los bienes del matrimonio "la separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges" (art. 1443 del CC).

- La reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente (párrafo 3º del art. 84 del CC).

**La reconciliación en la separación
ante Notario o Letrado de la
Administración de Justicia**

El párrafo 2º del art. 84 del CC establece “Cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones”. La reconciliación así formalizada basta para dejar sin efecto la separación. Respecto de los bienes del matrimonio “la separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges” (art. 1443 del CC). La reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente (párrafo 3º del art. 84 del CC).

LA SEPARACIÓN DE HECHO

Cuestiones generales

- Tradicionalmente se la consideró como una situación contra derecho, ilícita (los cónyuges contravienen el deber de convivencia, no se ajustaban a la regulación contemplada para la separación legal). Con la Ley 30/1981 se reconocen efectos a la separación de hecho.

- Hay que tener en cuenta que no todo distanciamiento (separación física) constituye un supuesto de separación de hecho. Los distanciamientos eventuales o por motivos laborales, profesionales o análogos, no se consideran supuestos de separación. Es necesario junto al corpus (distanciamiento) un animus (cese de la affectio maritalis, intención del cese de la convivencia).

- La separación de hecho puede iniciarse a consecuencia del abandono del hogar por parte de uno de los cónyuges, que manifiesta así su rechazo a seguir conviviendo con su marido o mujer. En otros casos, la separación de hecho se inicia a consecuencia del pacto o acuerdo de los cónyuges, que deciden conjuntamente dejar de convivir. Así, se distinguen:

- Separación de hecho unilateral (impuesta por uno de los cónyuges).
- Separación de hecho convencional o consensual (acordada por ambos cónyuges).

Efectos previstos por la ley para la separación de hecho

- Algunos de estos efectos son:

a) En la relación personal de los cónyuges:

* En materia de representación. Al cónyuge presente separado de hecho no le corresponderá la representación del declarado ausente (art. 184.1º del CC). No se preferirá para el nombramiento como curador al cónyuge no conviviente (art. 276.1º del CC).

* La separación no extingue la obligación alimenticia entre los cónyuges.

b) En relación a los hijos

* Decae la presunción de paternidad del marido. No se presumen hijos del marido los nacidos después de los trescientos días siguientes a la separación de hecho de los cónyuges; los nacidos antes de este plazo sí serán considerados, en cambio, hijos del marido (art. 116 del CC). No obstante, la Ley permite que pueda inscribirse como hijo matrimonial el nacido después de haber transcurrido trescientos días desde la separación de hecho de los padres, si concurre el consentimiento de ambos esposos (art. 118 del CC).

* Ejercicio individual de la patria potestad. La patria potestad será ejercida por el cónyuge con quien conviva el hijo; sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor, podrá, en interés del hijo, atribuir el ejercicio conjunto de la patria potestad a ambos cónyuges, o distribuir entre los progenitores las funciones inherentes a su ejercicio (párrafo 5º del art. 156 del CC).

* Decisión sobre la guarda y custodia. La separación de hecho de los padres da lugar a la necesidad de establecer el régimen de atribución de la guarda y custodia sobre los hijos (art. 159 del CC).

c) En relación a los bienes

* Podemos citar, entre otros efectos, el consistente en la disolución judicial del régimen económico matrimonial. La separación de hecho que ha durado más de un año autoriza a los cónyuges a solicitar judicialmente la disolución de la sociedad de gananciales (art. 1393.3º del CC) o el régimen de participación en las ganancias (art. 1415 del CC).

* Atendiendo a las causas o circunstancias que la originen, la separación de hecho puede ser causa legal de desheredación (cuando se entienda que el cónyuge ha incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales, art. 855.1º del CC); y la separación priva al cónyuge al que haya de imputarse de la cuota de la legítima correspondiente al cónyuge viudo (art. 834 del CC, a sensu contrario).

Los pactos conyugales de la separación de hecho

- Muchas veces existe un acuerdo entre los cónyuges en el que se establecen las consecuencias de esta separación de hecho.

- Son pactos que regulan la situación de los cónyuges que ya no viven juntos. Los pactos acordados por los cónyuges cuando la separación de hecho es amistosa se consideran en la actualidad plenamente válidos, siempre que no atenten contra el orden público o se traduzcan en acuerdos que conculquen o contradigan el principio de igualdad entre los cónyuges o afecten a materias indisponibles (como son las relativas a los hijos menores).

El Divorcio**LAS CAUSAS DE DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO**

- En los supuestos de disolución, si bien el matrimonio es plenamente válido y eficaz, en virtud de una causa sobrevenida el matrimonio deja de producir efectos y el vínculo matrimonial desaparece.

- La declaración de nulidad comporta la retroactividad de la ineficacia, con efectos *ex tunc*, desde la propia celebración del matrimonio; mientras que, por el contrario, la disolución implica en exclusiva la pérdida o carencia de efectos a partir del momento en que tenga lugar la declaración a la que el legislador otorga la cualidad de provocar la ineficacia del matrimonio (ineficacia sobrevenida). Los cónyuges han estado legítimamente casados mientras dura el matrimonio, a diferencia de la nulidad.

- En el art. 85 del CC se regulan las causas de disolución, para cualquier forma de matrimonio ya sea civil o religioso, que son:

- la muerte.
- la declaración de fallecimiento: se equipara a la muerte. La eventual aparición del fallecido no reanuda el vínculo y es necesario volver a contraer matrimonio.
- el divorcio.

EL DIVORCIO**CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS.**

- El divorcio supone la posibilidad de provocar la ineficacia del matrimonio válido y eficaz a instancia de los cónyuges.

- Es una causa de disolución de un matrimonio válidamente celebrado en virtud de una sentencia, un decreto o una escritura pública notarial (art. 89 del CC). El divorcio implica partir de la validez de un matrimonio, para, concurriendo los presupuestos establecidos en el Código Civil, declarar la disolución vincular, en vida de ambos cónyuges, con eficacia jurídica desde que la sentencia o decreto alcanza firmeza o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública (efectos *ex nunc*).

- La admisión y establecimiento del divorcio se materializó en la Ley 30/1981, de 7 julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (en adelante, Ley 30/1981). En la actual regulación del

CLASES DE DIVORCIO

divorcio hay que destacar también las modificaciones introducidas por 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 (en adelante Ley 15/2005); y por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante LJV).

Características del divorcio en el sistema español.

En nuestro sistema la disolución del matrimonio por divorcio solamente podrá tener lugar por sentencia, decreto o escritura pública. Así se dispone en el art. 89 del CC "*los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el art. 87 del CC*". **No cabe, pues, el divorcio de hecho** ya que la sentencia, decreto o escritura pública notarial son requisito *sine qua non* de la disolución matrimonial, asumiendo carácter constitutivo.

- La Ley 15/2005 ha abandonado el sistema causalista de la Ley 30/1981 en la que los cónyuges debían acreditar la preexistencia de alguna de las causas de divorcio.

- Ahora el art. 86 del CC dispone que "*se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno sólo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el art. 81*". Y tras la LJV hay que añadir que los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el art. 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él (art. 87 del CC). Los requisitos y circunstancias exigidos para conseguir el divorcio son los mismos que los previstos para la separación legal, dada la remisión que los arts. 86 y 87 del CC efectúan a los arts. 81 y 82 del CC, respectivamente. Así, no es necesario alegar una causa para obtener el divorcio a instancias de un cónyuge; basta el transcurso del período temporal de 3 meses, junto con la propuesta de medidas (en el divorcio contencioso) o de convenio regulador (en el divorcio de mutuo acuerdo) para que uno o ambos cónyuges puedan solicitar el divorcio. Como vimos al estudiar la separación, ésta ha dejado de ser paso previo para solicitar el divorcio.

- **Divorcio decretado por el juez.** El Código Civil atribuye la competencia al Juez para decretar el divorcio en dos supuestos: cuando es contencioso, en todo caso; y cuando hay mutuo acuerdo, pero existen hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquier que sea la celebración del matrimonio (art. 86 por remisión al art. 81 del CC).

- **Divorcio ante el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario.** En virtud de la reforma antes señalada, si el divorcio fuera de mutuo acuerdo y no existieren hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, los cónyuges podrán acordar su divorcio ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario (art. 87 por remisión al art. 82 del CC).

DIVORCIO JUDICIAL***Concepto y ámbito**

- Es el divorcio que ha sido decretado por el Juez a petición de uno o ambos cónyuges. Este divorcio se ajusta a los presupuestos determinados por la ley y se establece mediante sentencia judicial.

- El Juez decretará el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, o cuando se trate de un divorcio contencioso (arts. 86 y 87 con remisión a los arts. 81 y 82 del CC, respectivamente). Asimismo, también le corresponde al Juez conocer del divorcio en aquellos casos en que las partes, de mutuo acuerdo, hubieren acudido al Letrado de la Administración de Justicia o al Notario, y estos hubieren denegado la aprobación o la elevación a escritura pública del convenio regulador presentado (párrafo 4º del art. 90.2 del CC).

***Clases**

- Los requisitos y circunstancias exigidos para conseguir el divorcio son los mismos que los previstos para la separación judicial, dada la remisión que el art. 86 del CC efectúa al art. 81 del CC. Atendiendo a esta remisión se distingue entre un divorcio convencional o de mutuo acuerdo y un divorcio contencioso:

- **Divorcio consensual, convencional o de mutuo acuerdo.** El requisito básico para proceder a este tipo de divorcio es que ambos cónyuges estén de acuerdo en romper el vínculo que los une y que así lo soliciten al juzgado, una vez

que haya transcurrido un periodo mínimo de tres meses desde la celebración del matrimonio. La solicitud puede presentarse por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro y debe acompañarse de una propuesta de convenio regulador. Esta es la única vía de obtener el divorcio de mutuo acuerdo si existen hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores.

A efectos procesales, las peticiones de divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro se tramitarán por el procedimiento establecido en el art. 777 de la LEC.

- **Divorcio contencioso:** Es solicitado por uno de los cónyuges de forma unilateral, sin conformidad o acuerdo con el otro, siempre y cuando hayan transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio. Se tramita, pues, con la oposición del otro cónyuge. El sistema causalista anterior ha sido eliminado con la Ley 15/2005 por lo que no es necesario alegar una causa para obtener el divorcio a instancias de un cónyuge. Junto con la demanda se presentará un proyecto de medidas reguladoras del divorcio que propone el cónyuge demandante. No obstante, no será necesario el transcurso de ese tiempo para la interposición de la demanda, cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o cualquiera de los miembros del matrimonio. El divorcio contencioso sólo puede decretarlo el Juez. No cabe, pues, un divorcio contencioso decretado por el Letrado de la Administración de Justicia, ni por el Notario.

A efectos procesales, de acuerdo con el art. 770 de la LEC, las demandas de divorcio contencioso se sustanciarán por los trámites del juicio verbal, con las especificidades establecidas en dicho artículo.

DIVORCIO ANTE EL Letrado De La Administración De Justicia O ANTE EL NOTARIO

- El art. 87 del CC se remite al art. 82 CC en cuanto a los requisitos del divorcio acordado de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario. Es necesario, por tanto, que los cónyuges estén conformes en acordar su divorcio y en las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la misma, presentar convenio regulador, que hayan transcurrido el mínimo de 3 meses desde la celebración del matrimonio, y que no existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores.

Los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

LEGITIMACIÓN PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN DE DIVORCIO

- La acción de divorcio es personalísima, imprescriptible e irrenunciable:

- personal: solamente están legitimados para ejercerla los propios cónyuges. No se transmite a los herederos^{4[1]}.
- Imprescriptible
- irrenunciable: en lo que se refiere a una renuncia general y anticipada a la acción de divorcio, porque conduciría a un matrimonio indisoluble (pero no al caso concreto de interposición de la demanda de divorcio).

- La acción de divorcio se extingue, de acuerdo con el art. 88 del CC, por muerte de cualquiera de los cónyuges, porque la muerte disuelve el matrimonio y no tiene sentido la acción de divorcio; por la declaración de fallecimiento (que se equipara a la muerte); y por la reconciliación de los cónyuges, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda.

EFFECTOS DEL DIVORCIO

El efecto fundamental del divorcio es de dar por disuelto el matrimonio preexistente (art. 85 del CC). Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producen desde la firmeza de la sentencia o decreto de divorcio o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública notarial (efectos retroactivos o "*ex nunc*") –art. 89 del CC–.

- El matrimonio ha existido desde su celebración hasta que la sentencia o el decreto de divorcio sea firme o se manifieste el consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública (art. 89 del CC), momento en el que el vínculo entre los cónyuges deja de existir. Los cónyuges pasan a ser excónyuges, desapareciendo los deberes del art. 68 del CC y el deber de respeto cualificado del art. 67 del CC.

- Queda modificado el estado civil de los antiguos cónyuges, que pasan a ser personas divorciadas. Los divorciados no están ligados por vínculo matrimonial. Tienen plena libertad para contraer matrimonio, sea respecto de terceras personas, sea entre sí mismos (párrafo 2º del art. 88 del CC).

- Los excónyuges o divorciados carecen de derechos sucesorios entre sí.

- También lleva aparejado la disolución del régimen económico matrimonial (arts. 85, 95, 1392.1º y 1415 del CC).

- Respecto a los terceros, el último inciso del art. 89 del CC dispone que la sentencia, decreto o escritura pública de divorcio no perjudica a los terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil. La inscripción opera como presupuesto de oponibilidad de la sentencia a los terceros de buena fe.

- En relación con los hijos, el divorcio (al igual que la separación y la nulidad) resulta intrascendente y así el art. 92.1 del CC establece que "*la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos*".

- Hay que tener en cuenta que **la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales**, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio (párrafo 2º del art. 88 del CC).

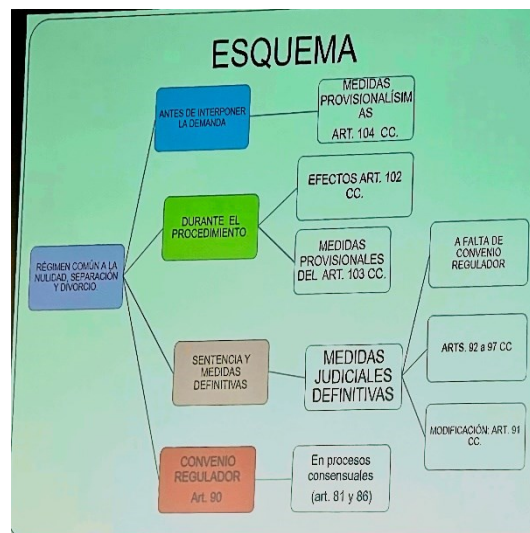
Lección IV

Efectos comunes de la nulidad, la separación y el divorcio

Introducción

La ruptura o quiebra de la vida matrimonial comporta una serie de consecuencias de todo orden en relación con la convivencia y el marco de derechos y obligaciones entre los cónyuges, así como respecto de los hijos en caso de haberlos. Una vez rota la situación de convivencia, resulta necesario instaurar un nuevo régimen normativo que se adecue a la situación de crisis matrimonial.

Los problemas originados por cualquiera de las crisis matrimoniales que tienen significación jurídica pueden considerarse coincidentes en caso de nulidad, separación o divorcio. Rota la convivencia, en la mayor parte de los casos habrá de decidirse cuál de los cónyuges continúa viviendo en el que hasta entonces era hogar conyugal y usando los bienes que representaban el ajuar familiar, quién y cómo quedará a cargo de los hijos comunes, cuáles son las reglas de carácter patrimonial que habrán de regir la situación de quiebra en la pareja, etc.



Medidas en la fase preliminar: medidas

PROVISIONALÍSIMAS O PREVIAS

-Las medidas provisionálísimas (también denominadas medidas provisionales previas a la demanda) se requieren antes de interponer la demanda de separación, divorcio o nulidad.

- Se recogen en el art. 104 del CC, que se remite a los arts. 102 y 103 del CC: "*el cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio puede solicitar los efectos y medidas a que se refieren los dos artículos anteriores*". También se recogen en el art. 771 de la LEC.

- Su carácter de provisionalidad se pone de manifiesto en el hecho de que expiran en el plazo de 30 días, si no se ha interpuesto demanda: "*estos efectos y medidas sólo subsistirán, si dentro de los 30 días siguientes a contar desde que fueron inicialmente adoptados, se presenta la demanda ante el Juez o*

EFFECTOS DEL ART. 102 DEL CC

Tribunal competente" (párrafo 2º del art. 104 del CC).
En el mismo sentido, Vid. art. 771.5 de la LEC.

- Su denominación (provisionalísimas o previas) resalta que se trata de medidas de vigencia temporal limitada y que se adoptan con anterioridad a la presentación de la correspondiente demanda.
- Estas medidas provisionalísimas tienen fundamentalmente una razón preventiva o cautelar, sobre todo cuando la convivencia es imposible, de ahí que el art. 105 del CC disponga *"No incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud a que se refieren los artículos anteriores"*, precisamente para que el otro cónyuge no pueda alegar "abandono de familia".
- Se adoptan con audiencia de ambos esposos. Aunque el art. 104 del CC se remite a la totalidad de los efectos del art. 102 y de las medidas del art. 103, en la práctica el juez optará por conceder las medidas provisionalísimas solamente sobre aquellos aspectos de mayor urgencia (precisamente por ese carácter cautelar y de urgencia de las medidas provisionalísimas). El juez no está obligado a adoptarlas por la mera petición de parte, sino que podrá diferirlas o posponer alguna de ellas hasta el momento de presentación de la demanda.
- Una vez interpuestas la demanda, las medidas provisionalísimas pasan a ser medidas provisionales, aunque cabe su modificación cuando exista causa para ello (art. 772 de la LEC).

Medidas durante la sustanciación del procedimiento

- La presentación y admisión a trámite de una demanda de nulidad, separación o divorcio es indicativa de la existencia de una crisis matrimonial. Por ello, el simple inicio del proceso matrimonial de nulidad, separación o divorcio ha de acarrear un nuevo *status* jurídico entre los cónyuges. El Código Civil considera que, por su trascendencia, hay una serie de efectos que deben producirse en todo caso y por ministerio de la ley: son los efectos del art. 102 del CC e implican una modificación del régimen económico y personal entre los cónyuges.

- También es preciso adoptar otras medidas con respecto a los hijos, a la vivienda conyugal y al régimen económico del matrimonio, etc. hasta que se resuelva el proceso, si bien en este caso será necesario un pronunciamiento judicial. Son las medidas del art. 103 del CC.

- La admisión de la demanda de nulidad, separación o divorcio tiene una serie de efectos que se producen por ministerio de la Ley, es decir, de forma automática, sin necesidad de que sean pedidos por los cónyuges y que se recogen en el art. 102 CC:

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

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

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

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

- Veamos más detenidamente estos efectos:

1º. Los cónyuges podrán vivir separados: Se suprime el deber de convivencia del art. 68 del CC. Es en todo caso una facultad de los cónyuges ("podrán") pues, en algunos casos, las circunstancias de necesidad económica o interés de los hijos obligan a la convivencia.
Cesa la presunción de convivencia conyugal del art. 69 del CC.

2º. Revocación de los consentimientos y poderes que se hayan otorgado entre sí los cónyuges: otorgados basándose en una situación de confianza y unión que desaparece con la crisis matrimonial. No cabe la reanudación posterior, es necesario otorgar nuevos poderes.

Cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, salvo pacto en contrario: en el caso que uno de los cónyuges realice contratos con terceros para la atención de las necesidades ordinarias de la familia (párrafo 2º del art. 1319 del CC), no responden subsidiariamente los bienes privativos del cónyuge que no contrató, a menos que los cónyuges hayan pactado lo contrario entre ellos.

Cualquiera de los cónyuges puede instar la anotación de la demanda de nulidad, separación o divorcio en el Registro Civil, en el de la

Propiedad y en el Mercantil, si fuera necesario (art. 102 del CC, *in fine*).

MEDIDAS PROVISIONALES DEL ART. 103 CC

- Admitida la demanda, a falta de acuerdo de ambos cónyuges aprobado judicialmente, el juez adoptará, con audiencia de éstos, las medidas contenidas en el art. 103 del CC. Las **medidas provisionales** se adoptan al inicio del proceso de ruptura matrimonial, sea a petición del demandante en la demanda, sea a petición del demandado en la contestación a la demanda, pudiéndose incluso instar por ambas partes de común acuerdo. Su tramitación se encuentra señalada en el artículo 773 de la LEC. La eficacia de la resolución judicial donde se acuerden estas medidas se extenderá a lo largo de toda la primera instancia, cesando con la conclusión de ésta, sea por sentencia, sea por otro medio. Es decir, las medidas provisionales subsisten hasta que se dicte una sentencia estimatoria de la separación, el divorcio o la nulidad, o bien cuando se ponga fin al procedimiento iniciado de otro modo (por ejemplo, por la reconciliación de los cónyuges separados), tal como dispone el art. 106 del CC y 773.5 de la LEC.

- Conforme a lo establecido en el art. 103 del CC, las medidas provisionales a adoptar son las siguientes:

a. Medidas relativas a los hijos

- El juez debe “*determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y tomar las disposiciones apropiadas de acuerdo con lo establecido en este Código*” (art. 103.1ª del CC), es decir, debe decidir sobre la guarda y custodia de los hijos comunes que sean menores de edad no emancipados.

- Asimismo, el juez debe determinar “*la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía*” (art. 103.1ª del CC). Es decir, respecto al progenitor no custodio se determina la forma en qué podrá cumplir el deber de velar por los hijos (deber que le corresponde como titular de la patria potestad); y el tiempo, modo y lugar (cuándo, cómo y dónde) en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Esto último, se refiere al derecho de visita (que incluye visitas, comunicación y estancia).

- Salvo circunstancias excepcionales y graves que así lo requieran, el juez no modifica la titularidad de la patria potestad.

- Todas las decisiones se toman atendiendo el interés del menor. La audiencia del menor procederá conforme al art. 9 Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor, de modificación del Código Civil y de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LPOJM), al art. 92.2 y 6 del CC y párrafo 3º del art. 770.4ª de la LEC.

b. Medidas relativas a los animales de compañía

- El juez ha de “*determinar, atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges, la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno*” (art. 103.1ª bis del CC). La obligación del juez de establecer medidas provisionales en relación a los animales de compañía de la familia es una novedad introducida por la Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales. Se incluyen estas medidas sobre los animales en materia de crisis matrimonial, porque en la práctica el destino del animal tras el divorcio o separación de los cónyuges es fuente frecuente de conflictividad y no existía en el Código Civil una previsión específica al respecto, sino que la solución al conflicto pasaba por tratar a los animales como bienes (aunque algunas sentencias intentaban minorar estos efectos). A partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Código Civil contempla a los animales como seres sintientes y deja de considerarlos bienes, por ello, la decisión judicial sobre el destino del animal deberá tomarse atendiendo al bienestar del animal (Vid. Exposición de motivos de la Ley 17/2021).

c. Medidas relativas a la vivienda familiar y el ajuar doméstico

- El juez ha de “*determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, asimismo, previo inventario, los bienes y objetos del ajuar que continúan en ésta y los que se ha de llevar el otro cónyuge, así como también las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno*” (art. 103.2ª del CC). La atribución del uso de la vivienda familiar se hará teniendo en cuenta el “interés más necesitado de protección”: si hay hijos sujetos a la patria potestad se entiende que “el interés familiar más necesitado de protección” es el interés de los hijos, por lo que en principio corresponde la vivienda a los hijos y al cónyuge al que se le atribuye la custodia de los hijos por ser el que continúa viviendo con ellos. Por tanto, la atribución del uso de la vivienda es independiente de la

titularidad misma. Puede concederse la vivienda al no titular de la misma.

- Asimismo, el juez determina qué bienes del ajuar doméstico quedan en casa y cuáles se lleva el otro cónyuge y dispone las medidas cautelares convenientes para conservar el derecho de cada uno.

d. Medidas relativas a la contribución a las cargas del matrimonio

- El juez fijará *“la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas si procede las «litis expensas», establecer las bases para la actualización de cantidades y disponer las garantías, depósitos, retenciones u otras medidas cautelares convenientes, a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro. Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad”* (art. 103.3ª del CC).

- Es decir, el juez debe fijar esta contribución, dado que, como aún hay matrimonio, todavía existen cargas (art. 1318 del CC). Para ello habrá de tenerse en cuenta el régimen económico matrimonial y la situación económica y personal de cada cónyuge (profesión, dedicación y cuidado de los hijos y la casa).

- Asimismo, fijará en su caso las *litis expensas* según el párrafo 3º del art. 1318 del CC para evitar la indefensión del cónyuge que no puede pleitear por carecer de medios económicos suficientes^{5[1]}.

- También establecerá las bases para la actualización de las cantidades fijadas y disponer garantías u otras medidas cautelares para asegurar su cumplimiento.

e. Medidas relativas al régimen económico-matrimonial

Bienes comunes

- El juez habrá de *“señalar, atendidas las circunstancias, los bienes gananciales o comunes que, previo inventario, se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas que deban observar en la administración y disposición, así como en la obligatoria rendición de cuentas sobre los bienes comunes o parte de ellos que reciban y los que adquieran en lo sucesivo”* (art. 103.4ª del CC).

Cuando el régimen económico matrimonial sea el de gananciales, el juez debe fijar los que se deban entregar a un cónyuge o al otro, así como las reglas que

deben seguirse para su administración y disposición. La presentación de la demanda no determina la disolución del régimen de gananciales, que seguirá vigente, pero la tenencia, administración y disposición de los bienes comunes de adecua a la nueva situación matrimonial.

- Todo esto:

- previo inventario.
- administración por quien recibe el bien.
- disposición de los bienes exige el consentimiento de ambos.
- rendición de cuentas obligatoria.

Bienes privativos especialmente afectados a las cargas del matrimonio

= También el juez determinará, en su caso, *“el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio”* (art. 103.5ª del CC).

Efectos derivados de la nulidad, separación o divorcio.

EFFECTOS COMUNES

- Las consecuencias que imperativamente se producen por la declaración judicial de la separación, del divorcio o de la nulidad matrimonial son principalmente los siguientes:

1. Disolución del régimen económico del matrimonio (art. 95 del CC). La sentencia produce la disolución del régimen. Así lo establece como regla general el art. 95 del CC. Asimismo, encontramos normas relativas a la disolución, en el art. 1392 del CC, con respecto al régimen de los bienes de ganancias, y en el 1415 CC, respecto al régimen de participación. Esta disolución se produce por la sentencia. En el caso del matrimonio nulo deberán tenerse en cuenta las especificidades del párrafo 2º del art. 95 del CC.
2. Pérdida de los derechos sucesorios de los cónyuges (art. 945 del CC)

3. Decaimiento de la presunción de paternidad del marido (art. 116 del CC, a sensu contrario).

En cuanto a la publicidad de las sentencias de nulidad, separación y divorcio, las mismas producen efectos entre los cónyuges y los terceros que las conozcan, desde el momento en que son firmes. Ahora bien, para que produzcan efectos frente a terceros de buena fe, que desconozcan la existencia de las mismas, es necesaria su inscripción en el Registro Civil (párrafo 2º del art. 83 del CC y art. 89 del CC).

- Estos efectos (disolución del régimen económico, pérdida de derechos sucesorios y decaimiento de la presunción de paternidad) también se producen en caso de separación o divorcio ante Letrado de la Administración de Justicia o Notario, en el decreto firme o la escritura pública que formalice el convenio regulador. También necesitan la inscripción en el Registro Civil para su oponibilidad frente a terceros de buena fe (párrafo 2º del art. 83 del CC y art. 89 del CC).

EFFECTOS ESPECÍFICOS DE LA SEPARACIÓN

- Conforme al párrafo 1º del art. 83 del CC "La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica"[2].

EFFECTOS ESPECÍFICOS DEL DIVORCIO

Los efectos específicos del divorcio son la disolución del vínculo matrimonial (art. 85 del CC) y la desaparición de cualquier régimen económico matrimonial entre quienes han dejado de ser cónyuges. El matrimonio ha existido desde su celebración hasta que la sentencia o decreto de divorcio es firme o se manifiesta el consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública (art. 89 del CC), momento en el que el vínculo entre los cónyuges deja de existir y, en consecuencia, queda modificado el estado civil de los antiguos cónyuges, que pasan a ser personas divorciadas y que, por tanto, podrán volver a contraer matrimonio libremente.

EFFECTOS ESPECÍFICOS DE LA NULIDAD

- La declaración de nulidad tiene efectos retroactivos "ex tunc". El matrimonio no se ha celebrado válidamente, nunca ha habido vínculo matrimonial, y, por tanto, determina que el matrimonio no ha existido y que no ha desplegado sus efectos. Otro efecto propio

de la nulidad es la disolución del régimen económico matrimonial con las especialidades contenidas en el párrafo 2º del art. 95 del CC y la indemnización al cónyuge de buena fe conforme al art. 98 del CC.

Las medidas definitivas

- En los procesos contenciosos, junto con el pronunciamiento principal declarando la nulidad o la separación o decretando el divorcio, la sentencia deberá incluir las medidas definitivas que regularan la situación personal y patrimonial de los cónyuges o ex cónyuges a partir de entonces. Por lo tanto, las medidas definitivas son aquellos aspectos (relativos a los cónyuges, sus hijos y sus bienes) sobre los que dispone la sentencia estimatoria de la nulidad, el divorcio o la separación. Se establecen por el juez en los procesos contenciosos, a falta de convenio regulador (art. 91 del CC): "En las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, la autoridad judicial, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará conforme a lo establecido en los artículos siguientes las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, el destino de los animales de compañía, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna. Estas medidas podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias". Se trata, pues, de que la sentencia sobre nulidad, separación o divorcio sea "estimatoria" y declare o constituya la situación de crisis matrimonial instada por los cónyuges, poniendo término así a las medidas acordadas durante el procedimiento (medidas provisionales). En determinados casos la sentencia se limita a considerar definitivas las medidas provisionales.

- Las medidas definitivas tienen aplicación inmediata, aunque la resolución donde se establezcan sea recurrida en apelación; en este caso, su vigor se extenderá hasta la finalización de la segunda instancia, en la que la sentencia que allí recaiga decida su confirmación o su revocación[6].

- En oposición a las medidas provisionales y a las provisionalísimas, las medidas definitivas se caracterizan porque tienen vocación de estabilidad, si bien de acuerdo con el último inciso del art. 91 del CC, cuando se alteren sustancialmente las circunstancias que fueron tenidas en cuenta al dictar estas medidas definitivas, será posible su modificación. Procesalmente la modificación de medidas definitivas se lleva a cabo por el art. 775 de la LEC.

- Las medidas definitivas comprenden todas las consecuencias personales y patrimoniales de la crisis matrimonial.

Medidas definitivas relativas a los hijos

- Están reguladas en los arts. 92 a 94 del CC y se basan en el principio de que “la nulidad, la separación y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos” (art. 92.1 del CC).

- Estas medidas se tomarán por el juez atendiendo siempre al interés de los hijos (menores no emancipados), es más, se han configurado inspirándose en el principio del favor filii. Por ello, será preciso que el juez escuche a los hijos conforme a lo dispuesto en los arts. 92.2, 92.6 y 94 del CC y en el art. 9 de la LOPJM.

- Si lo considera necesario, el juez podrá recabar el dictamen de especialistas debidamente cualificados sobre la idoneidad del régimen de ejercicio y de custodia (art. 92.9 del CC).

- También se pone de manifiesto el principio del favor filii en la necesaria intervención del Ministerio Fiscal cuando hay hijos menores (art. 92.6 y 8 del CC, entre otros).

a) Medidas relativas a la guarda y custodia

- La guarda y custodia implica la puesta en práctica de unas facultades concretas de la patria potestad que están relacionadas con el cuidado directo del menor y para cuya realización necesitan la convivencia del progenitor con el niño, por ello, el progenitor al que se atribuye la custodia será quien conviva con el hijo.

- El juez tiene la obligación de determinar cuál será el régimen de guarda y custodia de los hijos, “procurando no separar a los hermanos” (art. 92.10 del CC). El régimen de custodia podrá atribuirse a ambos padres (custodia compartida) o bien de forma exclusiva a solamente uno de ellos (custodia exclusiva); si bien, se intenta potenciar el establecimiento de la custodia compartida.

- De acuerdo con la regulación vigente, en los procesos contenciosos se puede acordar la custodia compartida de los hijos en dos supuestos:

- Cuando los padres lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento (último inciso del art. 92.5 del CC).

- De forma excepcional, por el juez, a instancia de uno de los cónyuges y con informe del Ministerio Fiscal, cuando sólo de esta forma se proteja adecuadamente el interés superior del menor (art. 92.8 del CC). Por lo tanto, es preceptivo que haya informe del Fiscal, pero no que éste sea favorable. Aunque el CC señala expresamente que la custodia compartida en caso de desacuerdo de los padres debe ser una establecida por el juez de forma excepcional, la jurisprudencia ha señalado que “la redacción del artículo 92 no permite concluir que se trate de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea” (Vid. SSTS núm. 257/2013, de 29 abril; núm. 200/2014, de 25 de abril; núm. 52/2015, de 16 de febrero; y núm. 55/2016, de 11 de febrero; entre otras). Por otro lado, la práctica jurisprudencial ha ido concretando las circunstancias favorables que deben concurrir para que la custodia compartida sea viable. Así, por ejemplo, en función de la distancia entre los domicilios de los padres se acuerda (o no) la custodia compartida (a mayor distancia menos viabilidad). Vid. SSTS núm. 748/2016, de 21 de diciembre; y núm. 110/2017, de 17 de febrero; y SAP de Córdoba, núm. 406/2017, de 27 de junio; entre otras.

- La custodia compartida no procederá cuando se dé alguno de los supuestos contemplados en el art. 92.7 del CC, como en caso de violencia de género. Como novedad introducida por la Ley 17/2021 del régimen jurídico de los animales, se contempla en este apartado 7, el maltrato a los animales domésticos, o la amenaza de causarlo, como una forma de controlar o victimizar al otro cónyuge o los hijos. A este respecto habrá también de tenerse en cuenta el art. 65 de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la violencia de género (en adelante, LOVG) que contempla la posibilidad de que el juez pueda suspender para el inculpaado por violencia de género la guarda y custodia respecto de los menores que dependan de él.

b) Medidas relativas a la titularidad y el ejercicio de la patria potestad

- Los padres mantienen la titularidad de la patria potestad, no obstante, cuando en el proceso se revele causa para ello el juez puede privar a los padres de la patria potestad en la sentencia de nulidad, separación o divorcio (art. 92.3 del CC).

- El juez tiene la obligación de determinar cuál será el régimen de ejercicio de la patria potestad

(art. 92.4 del CC). El impropio llamado "ejercicio" engloba aquellas otras facultades de la patria potestad que no están relacionadas con el cuidado directo del niño, es decir, aquellas facultades no integradas en la guarda y custodia (por ejemplo, elección del colegio, educación religiosa, decisiones importantes relativas a su salud, entre otras)[9]. Éste puede corresponder a ambos padres (ejercicio conjunto) o bien el juez puede decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges. Es decir, el juez puede decidir que la patria potestad sea ejercida en exclusiva por el progenitor custodio o bien que el ejercicio de algunas funciones corresponda solamente a uno de los progenitores.

- Por otro lado, conforme al art. 65 de la LOVG el Juez podrá suspender para el inculcado por violencia de género el ejercicio de la patria potestad respecto de los menores que dependan de él.

c) Medidas relativas al derecho de visita

- Conforme a los párrafos 1º y 2º del art. 94 del CC "La autoridad judicial determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que tenga consigo a los hijos menores podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía. Respecto de los hijos con discapacidad mayores de edad o emancipados que precisen apoyo para tomar la decisión, el progenitor que no los tenga en su compañía podrá solicitar, en el mismo procedimiento de nulidad, separación o divorcio, que se establezca el modo en que se ejercitará el derecho previsto en el párrafo anterior". Es decir, al progenitor no custodio le corresponde el derecho de visita y su ejercicio se llevará a cabo de la manera que el juez lo establezca, atendiendo siempre al interés de los hijos (art. 94 del CC). Precisamente atendiendo a ese interés de los hijos, este derecho puede ser limitado o suspendido en virtud del párrafo 3º del art. 94 del CC "la autoridad judicial podrá limitar o suspender los derechos previstos en los párrafos anteriores si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial". Tampoco procederá el derecho de visita en los supuestos del párrafo 4º y 5º del art. 94 del CC, entre ellos, en caso de violencia contra los hijos o violencia de género[10]. En referencia al párrafo 4º del art. 94 del CC, la STC núm.106/2022, de 13 de septiembre ha considerado que el precepto no priva automáticamente al progenitor del régimen de visitas, sino que atribuye al juez la facultad de decidir el establecimiento o suspensión del régimen de visitas, incluso en los supuestos contemplados en el párrafo 4º. Por tanto, la STC sostiene que el precepto otorga un margen de decisión al juez en función de las circunstancias del caso, ya que cuando está en

juego el interés del menor debe huirse del automatismo, porque solo de este modo es posible asegurar el interés superior del menor.

- El derecho de visita comprende las visitas (propriadamente dichas), comunicación y la estancia. Las visitas consistirían en pasar unas horas en compañía del padre (o madre) que no tiene la custodia. Pueden realizarse en un "Punto de Encuentro Familiar" cuando el interés del menor así lo aconseje (por ejemplo, en caso de relación conflictiva entre los padres). La comunicación comprende la realización de llamadas telefónicas o cualquier otra vía por la que el hijo y el progenitor estén en contacto. La estancia comprende la pernocta.

- En caso de custodia compartida, cuando los períodos de alternancia en la convivencia son demasiado prolongados (más de 15 días), es conveniente disponer un régimen de visita.

- Igualmente, el juez podrá determinar, previa audiencia de los padres y del hermano, abuelo, pariente o allegado que lo haya solicitado, que deberán prestar su consentimiento, el derecho de comunicación y visita de estas personas con los hijos menores o mayores con discapacidad, en atención al interés del menor o a la voluntad del mayor con discapacidad (párrafo 6º del art. 94 y art. 160 del CC).

d) Medidas relativas a los alimentos en favor de los hijos (art. 93 del CC)

- El párrafo 1º del art. 93 del CC dispone: "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".

- La contribución a los alimentos de los hijos es un deber que corresponde a ambos padres. Tanto el padre (o madre) que tiene la custodia como el no custodio están obligados a contribuir a los alimentos de los hijos bajo la patria potestad[11]. La contribución será proporcional a los medios de cada uno (párrafo 1º del art. 145 del CC) y tendrá lugar conforme a lo dispuesto en el art. 149 del CC: el progenitor a quien se ha atribuido la custodia del hijo deberá tenerlo en su compañía y atender a las necesidades de los hijos de acuerdo con sus medios (prestación personal); el progenitor no custodio contribuye a los alimentos mediante el pago de una pensión (prestación dineraria) también de acuerdo con sus medios.

- En caso de custodia compartida, el Código Civil no dispone la forma de contribuir a los alimentos,

pero en la práctica, los tribunales establecen distintas soluciones: que cada progenitor sufrague los gastos que se generan durante el tiempo que convive con el hijo, una cuenta común para los gastos por alimentos en la que ambos progenitores realizan aportaciones en proporción a sus recursos, etc. Por otro lado, el hecho de que exista una custodia compartida no exime de pagar una pensión alimenticia, así, cuando la situación económica de los progenitores sea marcadamente desproporcionada, el progenitor con mayores recursos tendrá que pagar una pensión alimenticia a los hijos durante el tiempo de custodia o convivencia con el otro progenitor para que los hijos no sufran esa desigualdad económica (Vid. [STS núm. 55/2016, de 11 de febrero](#)).

- El juez establecerá los mecanismos de actualización de la prestación de alimentos conforme cambien las necesidades de los hijos -principio de favor filii-.

- Por otro lado, en su [párrafo 2º](#) el art. 93 del CC dispone: "Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código". Por lo tanto, el [párrafo 2º](#) del art. 93 del CC permite que en el proceso de separación, divorcio o nulidad el juez asigne alimentos a los hijos mayores de edad (o emancipados), sin que sea necesario que el hijo acuda a un proceso de alimentos, teniendo en cuenta que muchas veces, junto con los hijos menores, conviven en el hogar familiar, hijos mayores de edad que todavía están estudiando y sin recursos propios[13]. En este sentido, en los procesos matrimoniales, el cónyuge con el cual conviven los hijos mayores de edad sin ingresos propios está legitimado para reclamar alimentos al otro cónyuge para estos hijos -Vid [STS \(Sala 1.ª\) de 24 de abril de 2000](#)- sin necesidad de que los hijos mayores de edad acudan a un proceso de alimentos. De esta forma, el [Código Civil](#) concede una legitimación especial al cónyuge que convive con los hijos mayores sin recursos para que solicite los alimentos en nombre de éstos.

e) Previsión de medidas de apoyo para cuando el hijo alcance la mayoría de edad

El [párrafo 2º](#) del art. 91 dispone "cuando al tiempo de la nulidad, separación o divorcio existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de éstas, las cuáles, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años". Las personas legitimadas

para solicitar estas medidas son las del art. 757 de la LEC (propio interesado, padres, fiscal).

MEDIDAS DEFINITIVAS RELATIVAS A LA VIVIENDA Y AJUAR FAMILIAR

- A falta de acuerdo entre los cónyuges sobre la vivienda y el ajuar familiar, el art. 96 del CC distingue los siguientes supuestos:

- matrimonio con hijos comunes menores de edad o mayores de edad con discapacidad: el uso de la vivienda y el ajuar doméstico se atribuye a los hijos comunes menores y al cónyuge que tiene la custodia de estos hijos ([párrafo 1º](#) del art. 96.1). El cónyuge usuario no tiene por qué ser titular de la vivienda, pues realmente, esta es una medida en favor de los hijos menores, por ello, el uso de la vivienda desaparece cuando los hijos alcancen la mayoría de edad. En el caso que la guarda de los hijos se reparta entre los progenitores, quedando aquellos separados, el Juez dictaminará según mejor proceda ([párrafo 4º](#) del art. 96 del CC). Para el caso de custodia compartida también cabría la aplicación de esta regla.

Por otro lado, también se establece que "los hijos comunes mayores de edad que al tiempo de la nulidad, separación o divorcio estuvieran en una situación de discapacidad que hiciera conveniente la continuación en el uso de la vivienda familiar, se equiparan a los hijos menores que se hallen en similar situación" ([párrafo 2º](#) del art. 96.1 CC).

- no existen hijos menores de edad o mayores con discapacidad:

Con relación a los hijos comunes mayores de edad que no estuvieran en la situación descrita en el [párrafo 2º](#), pero tuvieran necesidad de vivienda por carecer de independencia económica, se estará a lo regulado en materia de alimentos entre parientes ([párrafo 3º](#) del art. 96.1 CC).

Por otro lado, puede concederse el uso de la vivienda y el ajuar al cónyuge no titular de los mismos, por el tiempo que prudencialmente se fije, si las circunstancias en las que éste se encuentra (necesidad económica, enfermedad, etc.) así lo requieran y su interés fuera el más necesitado de protección ([art. 96.2](#) del CC).

- Por último, el [art. 96.3](#) del CC establece una "limitación de disponer" de la vivienda y el ajuar: "Para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial". Por lo tanto, no se puede disponer de la vivienda o ajuar sin el consentimiento de ambos cónyuges o sin autorización judicial.

MEDIDAS RELATIVAS AL RÉGIMEN ECONÓMICO MATRIMONIAL

- El [párrafo 1º](#) del art. 95 CC establece la disolución del régimen económico matrimonial:

- Respecto a la sociedad de gananciales se remite a los [arts. 1392](#). 1º, 2º y 3º del CC.
- Respecto al de la participación se remite al [art. 1415](#) del CC.

- En el caso de la nulidad se llega a la conclusión siguiente: si nunca hubo matrimonio, nunca hubo régimen económico matrimonial. Sin embargo, cuando se aplica la ficción del matrimonio putativo ([art. 79](#) del CC), se considera que ha existido régimen económico, pudiendo optar el cónyuge de buena fe por aplicar a la liquidación el régimen de participación y no teniendo derecho a las ganancias el cónyuge de mala fe ([párrafo 2º](#) del art. 95 y [art. 1415](#) del CC).

LA COMPENSACIÓN EN CASO DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO

- El [párrafo 1º](#) del art. 97 del CC dispone: "El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia". Por lo tanto, esta compensación a la que se refiere el [art. 97](#) del CC procede solamente y exclusivamente en los casos de separación y divorcio. En supuestos de nulidad matrimonial, no cabe pensión alguna, sino "una indemnización" (art. 98 del CC). - Características:

a) Derecho de crédito de un cónyuge contra el otro.

- Puede consistir en pensión periódica (temporal o por tiempo indefinido) o en una prestación única (en una cantidad a tanto alzado, ej.: 450.000 €).
- Asimismo es posible convenir la sustitución de la pensión fijada judicialmente por una renta vitalicia, un usufructo sobre determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o dinero (art. 99 del CC).

b) Su fundamento es el desequilibrio económico que produce la separación o el divorcio, por ello:

- no tiene carácter alimenticio (no se regula por las reglas del derecho de alimentos).
- No está relacionado con la participación o la culpabilidad en la ruptura matrimonial, sino que se atribuye con carácter objetivo, como consecuencia del perjuicio económico que produce el divorcio o la separación.
- para su determinación habrá que atender a la situación económica de la que gozaban los cónyuges en el matrimonio y la que tienen tras la separación o el divorcio.
- tiene que darse empeoramiento y desequilibrio (Ej.: si solamente hay empeoramiento, porque la situación económica cambia para los dos cónyuges, no habrá derecho a la pensión pues en este caso no hay desequilibrio). No hay que probar la existencia de necesidad -el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión, aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo-, pero sí ha de probarse que ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluta entre dos patrimonios ([STS 10/2/2005](#)). El empeoramiento habrá de producirse en el mismo momento de la separación o el divorcio, no con posterioridad por circunstancias sobrevenidas.
- Es personalísima, solo puede concederse al cónyuge que sufre el desequilibrio. Éste puede también renunciar a la misma.
- Fijación de la cuantía. El [párrafo 2º](#) del art. 97 del CC dispone una serie de circunstancias que serán tenidas en cuenta para la fijación de la cuantía, entre ellas, los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges, la edad y estado de salud, las probabilidades de

acceso a un empleo, la dedicación pasada y futura a la familia o a las actividades profesionales del otro cónyuge, la duración del matrimonio y los medios económicos y necesidades de uno y otro cónyuge.

- Bases para la actualización y garantías para el cumplimiento de la pensión. En su párrafo último el art. 97 del CC dispone que se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad. Para la actualización de la cuantía fijada suele utilizarse el índice de precios al consumo (IPC), pero tanto las partes como el Juez se encuentran legitimados para proceder a actualizar la pensión conforme a módulos distintos a dicho índice. Respecto a las garantías pueden ser de cualquier tipo, desde la hipoteca de los bienes del deudor, el embargo de salarios, etc.

- Modificación de la pensión. Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen (art. 100 del CC). Ej.: una disminución de la fortuna del deudor que hace imposible el pago produce la modificación de la pensión. Sin embargo, el aumento de la fortuna del deudor no latente en el momento de fijación de la cuantía -le toca la lotería- no produce la modificación de la pensión.

- Extinción de la pensión. Conforme al párrafo 1º del art. 101 del CC la pensión se extingue por:

- ✚ cese de la causa que lo motivó (es decir, por reconciliación, matrimonio de los cónyuges entre sí o desaparición del equilibrio económico).
- ✚ el acreedor contrae nuevo matrimonio o convive maritalmente con otra persona (no relaciones esporádicas)
- ✚ por la muerte del acreedor (por ser personalísimo)
- ✚ por renuncia del acreedor

- El párrafo 2º del art. 101 del CC señala que la pensión no se extingue por fallecimiento del deudor, sino que se transmite a los herederos, aunque estos pueden pedir su reducción o supresión si el caudal hereditario no puede satisfacerlo o afecta a los derechos de los legitimarios.

LA INDEMNIZACIÓN EN CASO DE MATRIMONIO PUTATIVO

En los casos de nulidad del matrimonio, si ha habido convivencia, el cónyuge de buena fe tiene derecho a una indemnización, que se fija de modo similar al que sirve para el cálculo de la pensión compensatoria (art. 98 del CC). La STS de 26 de noviembre de 1985 declaró que se trataba de una indemnización que debe pagarse como compensación por los perjuicios sufridos por el cónyuge de buena fe como consecuencia de la nulidad (y no un desequilibrio económico pues en ese caso podría tener derecho el cónyuge de mala fe).

MEDIDAS DEFINITIVAS RELATIVAS A LOS ANIMALES DE COMPAÑÍA

El art. 94 bis dispone que el juez confiará los animales de compañía a uno u otro cónyuge para que se hagan cargo de su cuidado, y determinará la forma en la que el cónyuge al que no se le hayan confiado podrá tenerlos en su compañía y el reparto de las cargas asociadas al cuidado del animal. Todas estas decisiones deberán tomarse atendiendo al interés de los miembros de la familia y al bienestar del animal, con independencia de la titularidad dominical de este y de a quién le haya sido confiado su cuidado.

Este precepto es una novedad introducida por la Ley 17/2021 sobre el régimen jurídico de los animales. Se incluye la obligación del juez de establecer en la sentencia medidas definitivas en relación a los animales de compañía, porque en la práctica el destino del animal tras el divorcio o separación de los cónyuges es fuente frecuente de conflictividad y no existía en el Código Civil una previsión específica al respecto, sino que la solución al conflicto pasaba por tratar a los animales como a otros bienes del matrimonio (aunque algunas sentencias intentaban minorar estos efectos). A partir de la entrada en vigor de esta Ley, el Código Civil contempla a los animales como seres sintientes y deja de considerarlos bienes. La regulación que establece el art. 94 bis busca que la decisión judicial sobre el destino del animal sea respetuosa con su cualidad de seres sintientes, por ello, deberá tomarse atendiendo al bienestar del animal.

El convenio regulador

- El convenio regulador es un acuerdo o pacto entre los cónyuges en el cual pueden decidir sobre todas aquellas cuestiones que se refieren -o referían- a su vida conyugal y disponer de las mismas para después de su separación o divorcio. Presentar un convenio regulador es un presupuesto o requisito indispensable en la separación o divorcio consensual (demanda presentada por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro), de acuerdo con los arts. 81, 82, 86 y 87 del CC.

- Sin embargo, la autonomía de los cónyuges no es absoluta, pues el convenio regulador ha de respetar un contenido mínimo y además requiere, para que alcance plena virtualidad jurídica, la aprobación del juez, LAJ o notario (arts. 90 CC y 777 LEC).

CONTENIDO MÍNIMO

- El contenido mínimo del convenio está regulado en el [art. 90.1 CC](#):

- “a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta siempre el interés de aquéllos.
- b) bis El destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal.
- c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar
- d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges”.

Los apartados a y b no será necesario que se incluyan en el convenio regulador que presenten los cónyuges cuando la separación o el divorcio se lleve a cabo ante Letrado de la Administración de Justicia o Notario, ya que no hay hijos bajo la patria potestad.

APROBACIÓN DEL CONVENIO

- Para que el convenio adquiera plena virtualidad jurídica (plena eficacia) es necesaria la aprobación judicial. La aprobación judicial del convenio regulador constituye una *conditio iuris* determinante de su eficacia jurídica ([STS de 22 de abril de 1997](#)).

- El convenio regulador debe incluir el contenido mínimo que figura en el [art. 90.1](#) del CC, constar por escrito y nunca debe ser contrario al principio de igualdad entre cónyuges, ni perjudicar a los hijos ([art. 90.2 CC](#)). El control judicial se ejerce a la hora de comprobar que se ajusta a los principios enunciados. Por ello, el Juez no procederá a aprobar el convenio, además de cuando este sea incompleto, cuando sea dañoso para los hijos o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges. El Juez debe limitar su actividad a visarlo o a homologarlo, sin desempeñar actividad positiva alguna al respecto. En caso de no aprobación, se concederá un nuevo plazo (10 días) para que los cónyuges presenten una nueva propuesta de convenio ([art. 777.7](#) de la [LEC](#)). Solamente en el caso de que el convenio aprobado contenga acuerdos gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, se faculta a la autoridad judicial a ordenar las medidas a adoptar a este respecto ([párrafo 2º](#) del [art. 92.2](#))

- Una vez aprobado el convenio este adquiere fuerza ejecutiva y forma parte de la sentencia de separación o divorcio.

- Por otro lado, hay que tener en cuenta que “cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Letrado de la Administración de Justicia o notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, o gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador” ([párrafo 4º](#) del [art. 90.2](#) del CC y [art. 777.10](#) de la LEC).

MODIFICACIÓN DEL CONVENIO

- El convenio regulador tendrá una vigencia indefinida y deberá ser respetado por ambos cónyuges. No obstante, el convenio regulador puede modificarse judicialmente o por medio de un nuevo convenio aprobado por el juez cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges o cuando se hubieran alterado gravemente las circunstancias de los animales de compañía (art. 90.3 del CC). Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en el Código Civil.

La mediación familiar (anexo)

La mediación es **un sistema de resolución de conflictos alternativo al judicial**, que se caracteriza porque son las partes en conflicto las que llegan a un acuerdo o solución respecto al mismo, con la intervención de un tercero, el mediador. Lo característico de la mediación es que **son las partes en conflicto las que buscan y acuerdan la solución a su conflicto; el mediador ayuda, informa u orienta, pero no es quien decide** (art. 1 de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, en adelante Ley 5/2012). Esto distingue a la mediación de otra figura de resolución extrajudicial de conflictos como es el arbitraje, ya que en el arbitraje la solución al conflicto la toma el árbitro.

Dentro de la mediación **se distingue** la intrajudicial y la extrajudicial. La **mediación intrajudicial** se produce al margen de un proceso judicial, pero se accede a ella por vía judicial, por ejemplo, en los procesos contenciosos de divorcio o separación cuando el juez “remite” a los cónyuges a la mediación, para que puedan solucionar sus discrepancias sobre cuestiones relacionadas con el régimen de custodia, entre otras. Los cónyuges tienen que estar conformes con someterse al proceso de mediación. La **mediación extrajudicial** es el margen del proceso judicial pero no impide el acceso a la jurisdicción cuando la mediación no culmina exitosamente, es decir, cuando no se resuelve el conflicto.

El Derecho Civil trata de la persona, lo que da cabida a la intervención de las partes en la solución de sus conflictos. Es por ello, que en esta rama del ordenamiento jurídico cabe la mediación. **La mediación civil**

se regula en la Ley 5/2012. Conforme al art. 2.1 de la Ley 5/2012, son susceptibles de mediación civil **los asuntos civiles que afecten a derechos y obligaciones que estén a disposición de las partes**, es decir, **toda materia civil disponible** (por ejemplo, las relaciones contractuales). No son disponibles ni mediables el estado civil de las personas o el derecho a los alimentos futuros. **Respecto a las consecuencias de una separación o divorcio, también serían objeto de mediación si bien, son materias de disponibilidad limitada**, ya que el acuerdo al que lleguen los cónyuges en la mediación **necesita homologación judicial** para evitar que se tomen medidas perjudiciales para los hijos no emancipados o alguno de los cónyuges. **Tienen estos acuerdos de mediación una eficacia “limitada”**. Las consecuencias de una separación o divorcio entran dentro de la llamada mediación familiar.

Dentro de la mediación civil estaría la mediación familiar. En lo que respecta a esta última hay que tener en cuenta, además de la citada Ley 5/2012, a la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía.

La mediación familiar es un procedimiento alternativo al judicial y voluntario en el cual un tercero, debidamente acreditado, denominado mediador familiar, informa, orienta y asiste, sin facultad decisoria propia, a lo esto, es en conflicto, con el fin de facilitar vías de diálogo y la búsqueda por éstos de acuerdos justos, duraderos y estables y al objeto de evitar el planteamiento de procedimientos judiciales contenciosos, o poner fin a los ya iniciados o bien reducir el alcance de los mismos.

La mediación familiar es un procedimiento alternativo al judicial sin que tenga, en ningún caso, efectos procesales^{6[1]}. Por tanto, la mediación se constituye en un recurso complementario o alternativo a la vía judicial, para la solución de los conflictos producidos en las relaciones familiares.

La mediación familiar es un método alternativo a la hora de acordar las medidas que derivan de la separación o el divorcio de los cónyuges. Está dirigida a los cónyuges que desean poner fin a su convivencia o matrimonio y también para los que estando ya separados o divorciados quieran modificar alguno de los puntos del convenio regulador. Los cónyuges tratarán todos aquellos puntos que les preocupen, tomarán acuerdos y confeccionarán su convenio regulador de la separación o del divorcio, todo ello ayudados por el

mediador, teniendo en cuenta las necesidades de todo el grupo familiar, especialmente de los hijos, y desde un clima de respeto y colaboración.

Por tanto, si la mediación resulta fructífera y los cónyuges logran un acuerdo, el mediador redactará un documento que lo plasme. Este documento, un **borrador de convenio regulador**, tendrá que adjuntarse después a la demanda de separación o divorcio que se interponga ante los tribunales y será examinado por un juez, que se asegurará de que se respete la ley y de que ninguno de los implicados (cónyuges o hijos) haya salido perjudicado.

También está dirigida la mediación familiar a las parejas no casadas (uniones de hecho) que desean poner fin a su relación de pareja, para solucionar las controversias derivadas de esa ruptura respecto a los hijos, vivienda familiar, etc. Las medidas respecto a los hijos también necesitan del refrendo u homologación del juez.

BLOQUE II

LAS UNIONES DE HECHO

Diferencias básicas de:	
Matrimonio	Pareja de Hecho
1. institución Jurídica	1. Componente factico
2. Formalidad	2. no formal, ni solemne
3. Solemnidad	3. Contenido dispuesto por voluntad de las partes
4. Normas imperativas	4. Libre ruptura
5. Disolución en proceso reglado	

Lección V

La unión de hecho

DEFINICIÓN DE LAS UNIONES DE HECHO EN CONTRAPOSICIÓN CON LA INSTITUCIÓN DEL MATRIMONIO

- Podríamos definir a la unión de hecho o pareja de hecho como una situación de convivencia estable análoga a la conyugal que se desarrolla entre dos personas que no están unidas entre sí por vínculo matrimonial.

- La pareja de hecho se suele delimitar siempre con referencia al matrimonio. Al respecto cabe señalar las siguientes diferencias entre ambas figuras:

1ª. En nuestro ordenamiento jurídico, el matrimonio se concibe como una institución y tiene carácter formal y solemne. Por el contrario, la pareja de hecho constituye un fenómeno social, que por el momento en el ordenamiento estatal no reviste los caracteres necesarios para configurarla como una institución jurídica.

2ª.- Otra diferencia esencial entre matrimonio y pareja de hecho se encuentra en que una de las características de las uniones de hecho es la libertad o autonomía de los convivientes en la regulación de su convivencia y de los efectos en caso de cese de la misma. Por el contrario, en el caso del matrimonio, los cónyuges se someten (libre y voluntariamente) al estatuto matrimonial dispuesto por el legislador. En materia de

derecho matrimonial (como en general en materia de Derecho de Familia) las normas son de carácter imperativo, a salvo la libertad o autonomía de los cónyuges para regular su régimen económico. En lo que respecta a la ruptura de la convivencia conyugal, si bien las sucesivas legislaciones (año 1981 y 2005) han introducido cierta autonomía (convenio regulador, [art. 90 CC](#)) existe un procedimiento reglado con intervención judicial o notarial.

NOTAS QUE CARACTERIZAN LAS UNIONES DE HECHO

A.- Unión entre dos personas. Lo que excluye otras situaciones convivenciales (grupos tribales, poligamia.) Se admite la unión entre personas del mismo sexo, pero no se puede formar parte de dos uniones de hecho simultáneamente.

B.- Convivencia. En la pareja de hecho la convivencia es rasgo definitorio de su existencia. Para que se hable de unión de hecho es necesario que esas dos personas vivan juntas de forma similar a lo que sucede en un matrimonio (que compartan techo, mesa y lecho, una "comunidad de vida"). Ahora bien, se admite que esta convivencia pueda resultar interrumpida de forma transitoria por razones de trabajo, viajes, enfermedad, etc.

C.- Debe existir un elemento afectivo y sexual. Esta situación de convivencia debe basarse en una relación afectiva y sexual análoga a la que motiva el matrimonio.

D.- La estabilidad. La convivencia basada en lazos afectivos y con un ingrediente sexual sólo es relevante para el derecho cuando tenga una cierta duración temporal o al menos una vocación de permanencia. No lo son por lo mismo las relaciones esporádicas o de noviazgo.

E.- La notoriedad. En alguna sentencia, como la [STS de 18 de mayo de 1992](#), se ha hecho referencia al dato de la notoriedad social de la unión, como requisito que forma parte del supuesto de hecho, de manera que la coexistencia debe ser "practicada de forma externa y pública con acreditadas actuaciones conjuntas de los interesados". La razón de esta sentencia es el hecho de que la situación de convivencia puede plantear graves problemas de certeza y de prueba.

RECONOCIMIENTO JURÍDICO

A) ACTITUD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO HACIA LAS SITUACIONES DE CONVIVENCIA EXTRAMATRIMONIAL: DEL RECHAZO AL RECONOCIMIENTO.

- La pareja de hecho ha sido siempre una realidad social con independencia de que el ordenamiento jurídico la tuviera en cuenta o no. Históricamente se han ido sucediendo distintas posturas que han ido desde la actitud de rechazo o de indiferencia hacia las parejas de hecho en épocas pasadas hasta la actual actitud proteccionista por razón de determinados intereses (la familia, los hijos, la mujer, o los terceros que se relacionan en el tráfico con estas personas que aparecen externamente como casados sin estarlo) y la valoración de la pareja de hecho como una alternativa al matrimonio a la hora de configurar una familia.

B) LA FAMILIA NO MATRIMONIAL: LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL

- Si la familia, como grupo humano básico que asegura el desarrollo de la personalidad humana, en un marco de afecto, solidaridad y ayuda mutua, es una realidad social protegida por el derecho, debe ser indiferente el origen de ésta.

- Esta doctrina tiene apoyo en el art. 39 de la [Constitución española](#) que dice: "Los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia", relacionando este precepto con el [art. 32](#) de la [CE](#). Se sostiene que hay una pluralidad de modelos familiares que pueden estar amparados por esta norma. La protección que el [art. 39.1](#) de la [CE](#) dispensa a la familia no queda limitada a la "familia matrimonial", sino que puede comprender otras formas de convivencia. Asimismo, el [art. 39](#) de la [CE](#) en su apartado 2 señala "Los poderes públicos aseguran, asimismo, la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación, y de las madres, cualquiera que sea su estado civil" y en su apartado 3 establece "Los padres deben prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda".

- A este respecto, también cabría afirmar que la protección a la familia no matrimonial se apoya en el principio de igualdad y no discriminación del art. 14 de la [CE](#)[2].

- En cualquier caso, el reconocimiento jurídico global del fenómeno de las parejas de hecho es hoy la tendencia dominante, que ya ha encontrado reflejo legislativo a nivel autonómico.

C) LEYES FORALES Y AUTONÓMICAS QUE REGULAN LAS UNIONES DE HECHO

- No existe una ley general de ámbito estatal sobre parejas de hecho (a diferencia del matrimonio). La regulación de las uniones de hecho se ha llevado a cabo en distintas leyes forales y autonómicas.

- Hasta la fecha se han dictado leyes sobre parejas de hecho en prácticamente todas las CCAA. La regulación establecida en estas leyes autonómicas difiere de una Comunidad a otra. Esta disparidad normativa está motivada por la distinta competencia que tienen las CCAA en materia de Derecho Civil, de acuerdo con lo establecido en el [art. 149.1.8º](#) de la [CE](#), y ha contribuido todavía más a que las uniones de hecho sean un concepto difuso. Así, las comunidades con Derecho Civil foral o especial propio (Aragón, Baleares, Cataluña, Navarra y País Vasco) han regulado los aspectos civiles de estas uniones. Las restantes comunidades han llevado a cabo una regulación de las parejas de hecho más escueta, de índole administrativa, suscitando serias dudas la constitucionalidad de aquellos preceptos que se adentran en materia propia del Derecho Civil.

- A este respecto, el Tribunal Constitucional ha declarado inconstitucionales determinados preceptos de la [Ley 11/2001, de 19 de diciembre](#), de Uniones de Hecho de Madrid y de la [Ley 5/2012](#), de 15 de octubre, de Uniones de Hecho Formalizadas de la Comunidad Valenciana[3] por considerar que la regulación que establecían en materia de uniones de hecho se adentraba en cuestiones de Derecho Civil para la que no tienen competencia.

- También la doctrina se cuestiona la constitucionalidad del [art. 13](#) de la [Ley 5/2002, de 16 de diciembre](#), de Parejas de Hecho de Andalucía, que establece el derecho del conviviente supérstite a residir en la vivienda habitual durante un año desde el fallecimiento del otro conviviente (y propietario de la vivienda), argumentando que esta norma puede considerarse una disposición de derecho sucesorio y que Andalucía no tiene competencias en materia de Derecho Civil de acuerdo con el [art. 149.1.8](#) de la [CE](#)[4]. Sobre este caso no se ha pronunciado el TC.

- Por otro lado, pese a esta disparidad normativa es posible subrayar aspectos en los que coinciden estas leyes, a la hora de regular los efectos personales y patrimoniales que se derivan de esa situación de convivencia estable o del cese de la misma. Las leyes forales y autonómicas parten de reconocer y respetar el principio de autonomía o libertad de pactos de los convivientes a la hora de regular su unión o el cese de la misma[5], y también la mayoría suele prever una regulación para el caso que falten esos pactos.

- La cuestión es que en la sentencia 93/2013, de 23 de abril, el Tribunal Constitucional ha considerado inconstitucionales ciertos preceptos de la [Ley Foral 6/2000, de 3 de julio](#), para la igualdad jurídica de las parejas estables de Navarra, por entender que contradecían al [art. 10.1](#) de la [CE](#), al disponer un régimen aplicable imperativamente a las parejas de hecho[6]. Es decir, el Tribunal Constitucional considera que el régimen que dispone esta ley se podrá aplicar a la pareja de hecho que haya acordado que este régimen es el que quieren para su unión (en lugar de uno propio), pero que no cabe su aplicación imperativa a una pareja de hecho a falta de pacto pues supondría imponerles un régimen no querido ni consentido por la misma en contra del derecho al libre desarrollo de la personalidad del [art. 10.1](#) de la [CE](#).

- La doctrina ha señalado que lo mismo cabría decir, por lo tanto, respecto a otras leyes autonómicas o forales que regulan las uniones de hecho y que establecen un régimen a falta de pacto sobre estas cuestiones[7].

D) EFECTOS JURÍDICOS RECONOCIDOS A LAS UNIONES DE HECHO EN NORMAS DE ÁMBITO ESTATAL DE DERECHO DE FAMILIA

- Aunque como hemos mencionado no existe una ley general de ámbito estatal sobre parejas de hecho (a diferencia del matrimonio), sí encontramos normas dispersas de ámbito estatal que reconocen efectos jurídicos a las parejas de hecho, tanto en el ámbito del Derecho Civil (Derecho de Familia, [Ley de Arrendamientos Urbanos](#), entre otras), como en el Derecho Penal, Procesal o Laboral.

- A continuación, estudiaremos las manifestaciones legales que existen en Derecho de Familia en cuanto a las parejas de hecho:

- Equiparación absoluta entre la filiación no matrimonial y la matrimonial ([art.108 del CC](#))[7].

- En materia de filiación por reproducción asistida, la [Ley 14/2006, de 26 mayo](#), sobre técnicas de reproducción humana asistida, permite a las parejas heterosexuales no casadas acceder a estas técnicas ([arts. 8.2 y 9.3](#)). Para las parejas de mujeres no casadas, esta posibilidad se reconoce en el [art. 120.1](#) del [CC](#) y en el [art. 44](#) de LRC tras la reforma llevada a cabo por la [Ley 4/2023, de 28 de febrero](#), para la igualdad real y efectiva de las personas trans y para garantía de los derechos de las personas LGTBI.

- En materia de adopción, también se le reconocen los mismos derechos que a la pareja casada ([art. 175.4 del CC](#)).

- En materia de patria potestad, se contempla tanto la atribución de la titularidad como del ejercicio conjunto a los padres al margen del matrimonio (arts. 154 párrafo 1º y 156 párrafo 1º del CC).
- La convivencia marital estable con otra persona ocasionará la pérdida de la pensión compensatoria del art. 101 del CC para el que la estaba percibiendo, y según hemos visto el impedimento de conyugicidio también se da en caso de muerte dolosa del conviviente de hecho (art. 46. 3º CC).

REGULACIÓN DE LA CONVIVENCIA MORE UXORIO Y DE LOS EFECTOS EN CASO DE CESE DE DICHA CONVIVENCIA.

AUTONOMÍA EN LA REGULACIÓN DE SU RELACIÓN: POSIBILIDAD DE PACTOS.

- Una vez que la unión de hecho queda aceptada como un hecho social y de acuerdo con el principio de autonomía de la libertad que es propio de nuestro ordenamiento civil, se permiten los pactos que entre sí celebren los convivientes en atención a su relación de afecto o convivencia con los límites derivados del art. 1255 del CC y 1328 del CC (no serían válidos los pactos contrarios a la libertad o igualdad de los convivientes, aquellos que pudieran perjudicar el interés de los hijos menores)[9]. Tampoco serían válidos los que de forma contraria al principio de libre ruptura pretendan establecer convencionalmente un compromiso indefinido o temporal de convivencia.
- Pero dentro de esos límites, los convivientes son libres para pactar sobre los aspectos personales y patrimoniales que se deriven de su unión o bien los que se deriven en caso de cese o de ruptura de su convivencia.
- Así, mientras dure su unión, los convivientes podrían establecer deberes y derechos recíprocos en el plano personal similares a los matrimoniales. Y si bien, no existe ningún régimen económico típico de estas uniones y los convivientes parten de la separación patrimonial, tienen libertad para acordar la naturaleza que tendrán los bienes adquiridos durante su convivencia o la forma de contribuir a los gastos familiares.
- En caso de ruptura de la convivencia, los convivientes pueden haber previsto la forma en la que distribuirán sus bienes comunes, el uso de la vivienda y ajuar familiar, la inclusión de compensaciones económicas, etc. Si bien la eficacia o validez de los pactos respecto a las cuestiones que afectan a los hijos menores no emancipados dependerá siempre del control judicial. Si los convivientes acuerdan medidas en cuanto a los hijos menores no emancipados, y uno

de ellos pretendiera hacerlas valer judicialmente ante el incumplimiento del otro, el juez podrá disponer otras medidas cuando estime que las acordadas por los convivientes no son beneficiosas para el menor.

- Por otro lado, en caso de fallecimiento de uno de los convivientes, en el CC el conviviente sobreviviente no tiene derechos en la sucesión del fallecido (como legitimario o sucesor abintestato), aunque sí pueden los convivientes en testamento dejar sus bienes al conviviente que le sobreviva (con respeto de los legitimarios).

CRITERIOS JURISPRUDENCIALES SOBRE LOS EFECTOS DE LAS PAREJAS DE HECHO A FALTA DE PACTO

- Cuando los miembros de la pareja de hecho no han pactado nada, ni han manifestado su voluntad de que les sea aplicable la regulación prevista por la ley de uniones de hecho que les corresponda, o bien a falta de regulación sobre las uniones de hecho, será necesario acudir a lo dispuesto por la jurisprudencia del Tribunal Supremo, para dar solución a los problemas derivados de la convivencia more uxorio o de su término.

A) EN MATERIA DE RÉGIMEN ECONÓMICO APLICABLE A LOS BIENES

Si bien cabe que la pareja regule mediante pacto sus relaciones patrimoniales, su falta u omisión no hace surgir el régimen económico matrimonial legal (gananciales)[12]. Ahora bien, esto no impide que puedan aplicarse las normas reguladoras de la disolución de comunidades de bienes o de patrimonios comunes, bien por pacto expreso, bien cuando por "facta concludentia" (hechos concluyentes) se evidencie la inequívoca voluntad de los convivientes de formar un patrimonio común (SSTS de 22 de febrero y de 18 de octubre de 2006). Por tanto, los bienes adquiridos durante la convivencia no se hacen, por ese mero hecho, comunes a los convivientes, sino que pertenecen a quien los ha adquirido, salvo que, de forma expresa o por medio de hechos concluyentes se evidencie el carácter común de los mismos (STS de 8 de mayo de 2008).

B) EN MATERIA DE COMPENSACIONES ECONÓMICAS (PENSIONES) O ALIMENTOS POSTRUPTURA

- Si bien constituye una de las reclamaciones más habituales, las decisiones de los tribunales (por falta de norma que lo recoja) han sido, por lo general, contrarias al otorgamiento de un derecho de pensión compensatoria o de alimentos.

- El Tribunal Supremo ha proclamado que “apenas cabe imaginar nada más paradójico que imponer una compensación económica por la ruptura a quien precisamente nunca quiso acogerse al régimen jurídico que prevé dicha compensación para el caso de ruptura del matrimonio por separación o divorcio” (sentencia de 12 de septiembre de 2005). Por lo tanto, el Tribunal Supremo rechaza la aplicación analógica del art. 97 del CC (sobre pensión por desequilibrio en la crisis matrimonial).

- No obstante, se admite la técnica del “enriquecimiento injusto” como base para determinar una indemnización en caso de disolución de una unión de hecho, para el conviviente perjudicado económicamente por dicha disolución.

C) EN MATERIA DE ATRIBUCIÓN DEL USO Y DISFRUTE DE LA VIVIENDA FAMILIAR

- A falta de pacto de los convivientes a este respecto, se plantea si cabe la aplicación del artículo 96 del CC (previsto para la vivienda familiar en el supuesto de crisis matrimonial) en caso de ruptura de una convivencia de hecho.

- La jurisprudencia del Tribunal Supremo considera que debe aplicarse analógicamente el párrafo 1º del art. 96 del CC cuando los convivientes tienen hijos comunes menores no emancipados, por exigencia del principio constitucional de igualdad y para defensa y protección del interés superior del menor (SSTS de 4 de junio de 1998, 1 de abril de 2011, y de 22 de febrero de 2017)[15]. En virtud del párrafo 1º del art. 96 del CC, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el juez, el uso de la vivienda familiar corresponde a los hijos comunes menores y al cónyuge en cuya compañía queden. Por tanto, en caso de ruptura de la pareja de hecho, cuando existan hijos comunes menores de edad, el uso de la vivienda familiar correspondería a éstos y al conviviente a quien se haya atribuido su custodia. Como acertadamente ha señalado la doctrina, aunque el TS hable de analogía, se trata en realidad de una “aplicación directa del art. 96 CC” por ampliarse a todos los hijos (matrimoniales o no) la protección de los menores que impone la CE.

- A falta de hijos comunes menores no emancipados, la doctrina más asentada del Tribunal Supremo ha negado que quepa la atribución de un derecho de uso a favor del conviviente más necesitado de protección de forma analógica a lo que sí se establece para el cónyuge más necesitado de protección en los supuestos de crisis matrimonial conforme a lo establecido en el artículo 96.2 del Código Civil,

por entender que las uniones de hecho y el matrimonio son realidades distintas.

- En el supuesto de que la vivienda habitual sea arrendada, hay que tener en cuenta el art. 12.4 de la LAU (en caso de desistimiento o no renovación del contrato por el conviviente arrendador, podrá el conviviente no arrendatario continuar el arrendamiento).

D) EN MATERIA DE MEDIDAS RELATIVAS A LOS HIJOS

- La CE imposibilita un trato discriminatorio por razón de filiación. Por ello, en este ámbito, la equiparación de las filiaciones en nuestro ordenamiento jurídico es total. En consecuencia, tanto en materia de patria potestad (derecho-deber de vela, alimentos, educación, formación, asistencia de todo tipo y demás derechos-deberes que derivan de la misma) como en lo relativo a las medidas que tienen que establecerse con relación a los hijos cuando acontezca la crisis de pareja o la ruptura familiar (guarda y custodia, derecho de visita, alimentos, atribución del uso de la vivienda familiar, etc.) la regulación es la misma para los hijos, sean éstos matrimoniales o no matrimoniales.

E) CONCLUSIÓN

- En conclusión, salvo en los efectos relativos a los hijos menores no emancipados, la doctrina jurisprudencial más asentada rechaza la aplicación por “analogía iuris” de normas propias del matrimonio a la ruptura de las uniones de hecho, “ya que tal aplicación comporta inevitablemente una penalización de la libre ruptura de la pareja, y más especialmente una penalización al miembro de la unión que no desea su continuidad” (STS de 12 de septiembre de 2005). Es más, aprobada la Ley que permite el matrimonio homosexual y la reforma que ha agilizado los trámites del divorcio, el Tribunal Supremo ha manifestado que “hoy por hoy, (...) se puede proclamar que la unión de hecho está formada por personas que no quieren, en absoluto, contraer matrimonio con sus consecuencias” (STS 12 de septiembre de 2005).

BLOQUE III**OTROS SISTEMAS DE PROTECCIÓN DE MENORES****Lección VI****La tutela**

La Patria potestad y la tutela son incompatibles. La tutela se ejerce cuando la patria potestad falla. Los padres no son tutores, sino representantes legales del niño. Tutor legal no existe si hay ejercientes de la patria potestad.

LA TUTELA**CONCEPTO Y FUNDAMENTO**

La tutela está regulada en los arts. 199 a 234 del CC. La tutela es un sistema de guarda y protección de los menores no emancipados en situación de desamparo o de los que no están bajo la patria potestad –art. 199 del CC-.

La patria potestad es la primera de las instituciones que tiene encomendada la protección de los menores, pero a falta de la misma, ya sea porque los padres hayan fallecido o por cualquier otra causa, se requiere que el cuidado y atención de los menores se garantice por otras vías, y es ahí donde aparece la tutela.

Respecto a la tutela de los menores no emancipados en situación de desamparo, la declaración de desamparo conllevará la asunción de la tutela por una entidad pública y la suspensión del ejercicio de la patria potestad (arts. 172.1 y 222 del CC).

Por lo tanto, se contemplan dos tipos de tutela:

- La tutela ordinaria, en la que habrá que proceder a nombrar a un tutor en un procedimiento de jurisdicción voluntaria.

- La tutela ex lege de la entidad pública, en caso de un menor declarado en situación de desamparo.

La tutela funciona como institución subsidiaria de protección, cuidado y asistencia de los menores no emancipados en los casos que falte o se haya suspendido la patria potestad. Por esta razón, el régimen de la tutela presenta en determinados aspectos un claro paralelismo con la patria potestad. Así, al igual que el art. 154 del CC señala que la patria potestad “se ejercerá siempre en interés de los hijos e hijas, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental”, el art. 200 del CC dispone que las funciones tutelares “se ejercerán en beneficio del tutelado” y el art. 227 del CC señala que “Los tutores ejercerán su cargo en interés del menor, de acuerdo con su personalidad y con respeto a sus derechos”. Asimismo, las facultades y obligaciones del tutor son similares a las contenidas en el art. 154 del CC en sede de patria potestad. En este sentido, el tutor está obligado a velar por el tutelado, procurarle alimentos, educarlo y procurarle una formación integral, administrar sus bienes –art. 228 del CC-, y es además su representante legal –art. 225 del CC-.

Las funciones tutelares se ejercerán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (art. 200 del CC) y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 209 del CC).

TUTELA “EX LEGE” DE LA ENTIDAD PÚBLICA

En el supuesto de menores en situación de desamparo[2], el [art. 172.1](#) del CC señala que “cuando la Entidad Pública a la que, en el respectivo territorio, esté encomendada la protección de los menores constata que un menor se encuentra en situación de desamparo, tiene por ministerio de la ley la tutela del mismo”. Se trata de una tutela automática, en cuanto se atribuye a la entidad pública “por ministerio de la ley” sin necesidad de intervención judicial, una vez constatada, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, la situación de desamparo. Por razón de la asunción de esta tutela “ex lege” por la Entidad Pública “deberá adoptar las medidas de protección necesarias para la guarda del menor”, entre las que puede encontrarse la tutela ordinaria[3] (que veremos a continuación) o el acogimiento (que veremos en el tema 18).

La tutela “ex lege” de la Entidad pública conlleva la suspensión de la patria potestad[4] ([párrafo 3º del art. 172.1](#) del CC).

LA TUTELA ORDINARIA

A falta de patria potestad (por ejemplo, si los padres del menor han fallecido), se requiere que el cuidado y atención de los menores se garantice por otras vías, una de las cuales es la tutela ordinaria. En la tutela ordinaria, la autoridad judicial habrá de proceder a nombrar un tutor en un procedimiento de jurisdicción voluntaria -208 del CC-.

A) El nombramiento del tutor

En lo que respecta a la tutela, están obligados a promover su constitución los parientes llamados a ella y la persona bajo cuya guarda se encuentre el menor, desde que conocieran el hecho que la motivare –art. 206 del CC-; así como el Ministerio Fiscal o el Juez competente, desde que tuvieran conocimiento de que existe alguna persona en su jurisdicción que debe ser sometida a tutela –art. 207 del CC-. Por último, la Entidad Pública bajo cuya tutela se encuentre el menor declarado en situación de desamparo -párrafo 2º del art. 222 del CC-.

El art. 44 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria (LJV) establece la posibilidad de constitución de la tutela por expediente de jurisdicción voluntaria,

La constitución de la tutela corresponde a los órganos judiciales. Se requiere previa audiencia de los parientes más próximos, del Ministerio Fiscal, de las personas que el Juez considere oportuno y en todo caso del tutelado, si fuera mayor de doce años o por debajo de esa edad, si tuviera suficiente madurez (art. 45.2 de la LJV).

La tutela puede ser desempeñada por una sola persona o por varias conjuntamente.

En caso de tutela unipersonal, el art. 213 del CC establece un orden de preferencia en la designación del tutor que es vinculante para el Juez, salvo que el interés superior del menor exija alterar este orden o incluso prescindir del mismo. Conforme a este precepto para el nombramiento de tutor se preferirá:

1º. A la persona o personas designadas por los padres en testamento o documento público notarial.

2º. Al ascendiente o hermano que designe la autoridad judicial.

Aunque el art. 218 del Código Civil muestra una preferencia por la tutela unipersonal

“La tutela se ejercerá por un solo tutor salvo...”, este mismo precepto recoge una serie de supuestos en los que el cargo de tutor podrá recaer en varias personas. Los supuestos en los que cabe la tutela plural o conjunta son los siguientes: cuando por concurrir circunstancias especiales en el tutelado sea conveniente separar como cargos distintos el de tutor de la persona y el de los bienes; cuando se designe a una persona tutor de los hijos de su hermano, siendo conveniente que el cónyuge del tutor ejerza también la tutela; y cuando el Juez nombre tutores a las personas designadas por los padres del tutelado.

El tutor podrá ser persona física o jurídica. El art. 211 del CC requiere, para que una persona física pueda ser tutor, que, a juicio de la autoridad judicial, cumpla las condiciones de aptitud suficientes para el adecuado desempeño de su función y en ellas no concurre alguna de las causas de inhabilidad establecidas en los artículos 216 y 217 del CC -como, por ejemplo, estar privado o suspendido del ejercicio de la patria potestad, o tener conflicto de intereses con el menor-. Asimismo, conforme el art. 217.1º del CC los padres (en testamento o escritura notarial) pueden excluir a ciertas personas (parientes que recibirían el llamamiento en caso contrario). En lo que respecta a las personas jurídicas, se requiere que no tengan finalidad lucrativa y que entre sus fines figure la protección y asistencia de menores –art. 212 del CC-.

Delación de la tutela. Hay que tener en cuenta que, si bien el cargo de tutor es obligatorio (art. 200 del CC), en virtud del art. 279 del CC[5], será excusable el desempeño de la tutela si resultara excesivamente gravoso o entrañase grave dificultad para la persona nombrada (razones de edad, enfermedad, ocupaciones personales o profesionales). Las personas jurídicas privadas podrán excusarse cuando carezcan de los medios suficientes para el adecuado desempeño de la tutela. El tutor tiene un plazo de 15 días, a contar desde que tuviera conocimiento del nombramiento, para alegar la causa de excusa –arts. 279 del CC y 50.1 LJV-. No obstante, si la causa de excusa fuera sobrevenida, podrá ser alegada por el tutor en cualquier momento y siempre que hubiera persona de parecidas condiciones para sustituirle, exencionándose de esta posibilidad de presentar excusa sobrevenida a las personas jurídicas conforme al art. 50.1 de la LJV.

B) El ejercicio del cargo

El tutor debe educar al menor y procurarle una formación integral, así como los alimentos -art.228 del CC.

El tutor es el representante legal del que está sometido a tutela, salvo para aquellos actos que puede realizar por sí mismo o para los que únicamente precise asistencia -art. 225 del CC-. Es también quien administra sus bienes (art. 228. 4º del CC) y quien tiene la facultad de disposición sobre los mismos, si bien en determinados casos necesitará para ello de la autorización autoridad judicial -art. 287 del CC-.

El tutor está obligado a informar al juez anualmente sobre la situación del menor y deberá rendir cuentas anuales de su administración (arts. 210 y 232 del CC), siendo responsable de los daños que pueda sufrir el tutelado (art. 234 del CC) por su culpa o negligencia.

Es más, las funciones tutelares se ejercerán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial (art. 200 del CC) y bajo la vigilancia del Ministerio Fiscal (art. 209). Tanto el Juez como el Fiscal, en cualquier momento, podrán exigir del tutor que le informe sobre la situación del menor y del estado de la administración de la tutela (arts. 209 y 210 del CC).

Además, para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones, el Juez podrá exigir al tutor las medidas de vigilancia y control que considere adecuadas en beneficio del tutelado (art. 210 del CC). Entre ellas, la constitución de fianza que asegure el cumplimiento de sus obligaciones - art. 45.5 de la LJV-. Por otro lado, el tutor está obligado a hacer inventario de los bienes del afectado dentro del plazo de sesenta días, a contar de aquel en que hubiese tomado posesión de su cargo -art. 46.4 de la LJV-.

Además, el cargo de tutor podrá ejercerse de forma gratuita o remunerada, en este último caso, siempre que el patrimonio del tutelado lo permita -art. 229 del CC y art. 48 de la LJV-.

El cargo es de ejercicio obligatorio, salvo que concurra una causa de excusa que sea admitida, como ya hemos visto en el apartado anterior.

C) Remoción y extinción de la tutela

La remoción del tutor consiste en el cese en el cargo de la persona previamente nombrada por el Juez, sin que se produzca la extinción de la tutela, sino dando lugar a la necesidad de nombrar un nuevo tutor. La remoción tendrá lugar cuando el tutor incurra en causa legal de inhabilidad (después del nombramiento); o se conduzcan mal en el desempeño del cargo por incumplimiento de los deberes que son propios, notoria ineptitud de su ejercicio; o cuando surjan problemas de convivencia graves y continuados con tutelado-art. 278 del CC[7]-. Acordada la remoción por el Juez, éste procederá a nombrar a un

nuevo tutor conforme a las normas ya vistas que contiene el Código Civil.

Por último, la extinción de la tutela (art. 231 del CC) implica el cese de las circunstancias que hacían necesaria la existencia del órgano tuitivo. Las causas que provocan la extinción de la tutela son que el tutelado alcance la mayoría de edad, o bien la concesión del beneficio de la mayor de edad al tutelado. Asimismo, por la adopción del tutelado, la recuperación de la patria potestad por parte de su titular, y la defunción del menor.

La extinción de la tutela dará lugar a la rendición de cuentas, que se llevará a cabo tal y como se prevé en el art. 232 del CC y en el art. 51 de la LJV

Lección VII

Sistemas de protección de menores en situación de desamparo

MEDIDAS DE PROTECCIÓN DEL MENOR

La protección de los menores y el respeto a sus derechos e intereses se lleva a cabo mediante una variedad de medidas, dirigidas a prevenir y erradicar las múltiples situaciones de riesgo o de desamparo efectivo que puedan surgir en el entorno del menor y en tanto en cuanto no desaparezcan las circunstancias que originen aquellas situaciones y se promueva la total integración social del afectado. La realidad social obliga a distinguir situaciones de desprotección de muy diversa índole: meramente temporales, actitudes de inhibición por parte de padres, imposibilidad de ejercicio de los deberes de la guarda, etc., que exigen un tratamiento diferenciado, determinando un régimen jurídico distinto en cuanto a las medidas a adoptar, dada la compleja realidad de las necesidades del menor.

Entre las medidas que las entidades públicas pueden adoptar, para la protección de los menores, se encuentran:

- la actuación protectora de la familia biológica del menor en situaciones de riesgo.
- la guarda administrativa (asunción de la guarda sobre el menor por parte de la entidad pública). La guarda administrativa se ejercitará a través del acogimiento.
- la declaración de la situación de desamparo y la asunción de la tutela que obligan a la Entidad pública a adoptar las medidas necesarias

para el cuidado o guarda del menor, entre las que puede encontrarse el acogimiento.

LA GUARDA ADMINISTRATIVA

La guarda administrativa podrá solicitarse por los padres (o tutores)² de acuerdo con el art. 172 bis 1 del CC -“Cuando los progenitores o tutores, por circunstancias graves y transitorias debidamente acreditadas, no puedan cuidar al menor, podrán solicitar de la Entidad Pública que ésta asuma su guarda durante el tiempo necesario, que no podrá sobrepasar dos años como plazo máximo de cuidado temporal del menor, salvo que el interés superior del menor aconseje, excepcionalmente, la prórroga de las medidas”-. También, de acuerdo con el art. 172 bis 2 del CC, “La Entidad Pública asumirá la guarda cuando así lo acuerde el Juez en los casos en que legalmente proceda, adoptando la medida de protección correspondiente.” Por lo tanto, la guarda administrativa o asistencial es una medida protectora del menor consistente en la asunción por la entidad pública competente de su cuidado y atención, con carácter temporal y provisional. La guarda administrativa se ejercitará a través del acogimiento (art. 172 ter.1 del CC), que veremos más adelante.

LA DECLARACIÓN DE DESAMPARO DEL MENOR

La Administración Pública puede intervenir en la esfera privada cuando la patria potestad o la tutela son insuficientes para obtener la protección total de los menores. Esta situación recibe el nombre de desamparo y se define en el párrafo 2º del art. 172.1 del CC, en los términos siguientes: “Se considera como situación de desamparo la que se produce de hecho a causa del incumplimiento o del imposible o inadecuado ejercicio de los deberes de protección establecidos por las leyes para la guarda de los menores, cuando estos queden privados de la necesaria asistencia moral o material”.

Conforme a la descripción legal, el desamparo ha de considerarse como una situación, querida o no, en la que se encuentran los menores y que requiere la concurrencia de estos dos presupuestos:

1º El incumplimiento o inadecuado ejercicio de los deberes de protección del menor, esto es, de los deberes de velar por él, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, por parte de las personas obligadas a ello (arts. 154 y 228 del CC).

2º Como resultado de ese incumplimiento, debe producirse una falta o privación de la asistencia y

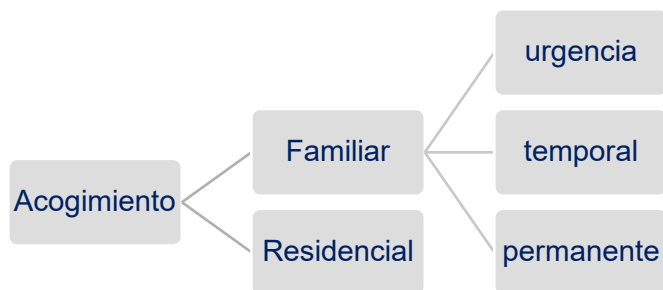
protección necesarias del menor. Es preciso, pues, que al menor no se le preste lo necesario para su subsistencia, tanto desde el punto de vista moral (afectividad, educacional, relaciones personales, etc.) y/o económico (alimentos).

El menor se encuentra en situación de desamparo ya sea porque se produce un incumplimiento de las obligaciones de los padres o tutores o porque su ejercicio es inadecuado, ya sea porque estos últimos están imposibilitados para el ejercicio de este cargo, puesto que están ausentes o, simplemente, porque no existen. Con la declaración de desamparo no se busca la sanción del menor, sino sólo arbitrar medidas de protección. También es importante resaltar que la situación de desamparo se configura como una situación objetiva o de hecho que, según reiteradísima jurisprudencia, excluye toda idea o acusación culpabilísima. No implica pues, necesariamente, una situación de abandono de los menores, sino de desamparo, en tanto en cuanto se encuentran privados de la necesaria asistencia moral o material. El “desamparo” excede por su gravedad de la situación de simple “riesgo”, situación ésta última que no requiere la asunción de la tutela por parte de la entidad pública y la separación del núcleo familiar.

Conforme a lo establecido en el citado art. 172.1 CC, la situación de desamparo debe declararla la Entidad Pública que, en el territorio respectivo, tenga la competencia para la protección de menores. El organismo administrativo correspondiente debe resolver valorando o no el desamparo por medio de una resolución motivada que debe comunicar a los progenitores, tutores o guardadores y al menor afectado si tuviere suficiente madurez y, en todo caso, si fuere mayor de doce años, de forma inmediata sin que sobrepase el plazo máximo de cuarenta y ocho horas. Los efectos de la declaración de desamparo son, fundamentalmente, tres:

- a) La asunción de funciones tutelares por parte de la entidad pública competente (tutela “ex lege” del párrafo 1º del art. 172 del CC).
- b) Suspensión de la patria potestad o la tutela (párrafo 3º del art. 172 del CC).
- c) La adopción de alguna medida de protección, como puede ser el acogimiento (art. 172 ter y ss. del CC), que estudiaremos a continuación.

EL ACOGIMIENTO



El art. 172 ter.1 del CC señala que “la guarda se realizará mediante el acogimiento familiar y, no siendo éste posible o conveniente para el interés del menor, mediante el acogimiento residencial”. Se buscará siempre el interés del menor y se priorizará, cuando no sea contrario a ese interés, su reintegración en la propia familia y que la guarda de los hermanos se confíe a una misma institución o persona para que permanezcan unidos (art. 172 ter.2 del CC).

No hay que confundir acogimiento con adopción. Por la adopción, se establece legalmente una filiación de una persona con respecto a otra (el adoptado es hijo de), con todos los derechos y deberes que ello conlleva (apellidos, alimentos, derechos sucesorios, patria potestad, etc.). El acogimiento es un mecanismo de protección del menor que se encuentra en situación de desamparo. En el acogimiento familiar, aunque los acogedores tengan la obligación de velar por el menor, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral, como ocurre en la patria potestad, no tienen la titularidad de la patria potestad, y no existe una filiación (el menor acogido no es hijo de sus acogedores). Otra cuestión distinta es que un menor en acogimiento pueda terminar siendo adoptado por sus acogedores, y tras la adopción nacer el vínculo jurídico de la filiación.

El acogimiento familiar

El acogimiento familiar consiste en que el menor de edad sea atribuido a una familia para que lo eduque y se haga cargo de él, mientras se soluciona la situación que ha provocado el no ejercicio de la patria potestad o la tutela.

El acogimiento familiar podrá tener lugar en la propia familia extensa del menor o en familia ajena (art. 173 bis 1 del CC).

Según la finalidad que se proponga conseguir con el acogimiento y su duración, podrá adoptar alguna de las modalidades siguientes (art. 173 bis 2 del CC):

“a) Acogimiento familiar de urgencia, principalmente para menores de seis años, que tendrá una duración no superior a seis meses, en tanto se decide la medida de protección familiar que corresponda.

b) Acogimiento familiar temporal, que tendrá carácter transitorio, bien porque de la situación del menor se prevea la reintegración de éste en su propia familia, o bien en tanto se adopte una medida de protección que revista un carácter más estable como el acogimiento familiar permanente o la adopción. Este acogimiento tendrá una duración máxima de dos años, salvo que el interés superior del menor aconseje la prórroga de la medida por la previsible e inmediata reintegración familiar, o la adopción de otra medida de protección definitiva.

c) Acogimiento familiar permanente, que se constituirá bien al finalizar el plazo de dos años de acogimiento temporal por no ser posible la reintegración familiar, o bien directamente en casos de menores con necesidades especiales o cuando las circunstancias del menor y su familia así lo aconsejen. La Entidad Pública podrá solicitar del Juez que atribuya a los acogedores permanentes aquellas facultades de la tutela que faciliten el desempeño de sus responsabilidades, atendiendo, en todo caso, al interés superior del menor”.

El acogimiento familiar produce la plena participación del menor en la vida de familia e impone a quien lo recibe las obligaciones de velar por él, tenerlo en su compañía, alimentarlo, educarlo y procurarle una formación integral en un entorno afectivo (art. 173.1 del CC). No existe una ruptura con la familia de origen, por lo que los padres tienen derecho a visitar al hijo acogido. Este derecho puede ser suspendido por el juez.

Las personas que acogen y el menor acogido, si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera

mayor de doce años, deben dar el consentimiento ([art. 173.2](#) del CC).

El proceso para formalizar el acogimiento se debe llevar a cabo con la reserva necesaria para proteger el derecho a la intimidad de todos los implicados ([art. 173.5](#) del CC).

El acogimiento del menor cesa por resolución judicial, por resolución de la Entidad Pública, por la muerte o declaración de fallecimiento del acogedor o acogedores del menor; y por la mayoría de edad del menor ([art. 173.4](#) del CC).

El acogimiento residencial

Consiste en la integración del menor en un centro público o privado dedicado a la protección de menores y encomendando al menor al director o responsable del centro de acogida ([art. 172 ter 1](#), [párrafo 1º](#), último inciso, del CC).

INDICE ANALITICO

C

constituye una conditio
iuris 27

P

principio de favor filii
24