

## REFORMA DE LA SEPARACIÓN Y EL DIVORCIO EN ESPAÑA: ALGUNOS ASPECTOS SUSTANTIVOS Y PROCESALES

### RESUMEN

En el año 2005 se llevó a cabo en España una profunda reforma del matrimonio y de algunos aspectos del derecho de familia. Las resoluciones que afectan al matrimonio, en diversas formas, tienen repercusión en otras instancias, como pueden ser los tribunales eclesiásticos con motivo de la petición de nulidad del matrimonio. Las resoluciones han de ser interpretadas en una doble clave: por una parte la compleja realidad que suele haber precedido a la crisis matrimonial, y de la que cada vez se da menos cuenta en estas resoluciones; de otra parte se ha tener en cuenta el alcance legal, por modificaciones sustantivas y procesales, que se ha dado v.gr. a la guarda y custodia, la pensión compensatoria, etc... Solamente conociendo a fondo la nueva configuración llevada a cabo se está en condiciones de hacer una lectura ajustada a la realidad, lo más alejada de la opinión personal y a veces parcial de cada uno de los esposos.

### SUMMARY

In year 2005 a reform of the marriage and some aspects of the family right was carried out in Spain. The resolutions that affect the marriage, in diverse forms, have repercussion in other instances, as they can be the ecclesiastical tribunals on the occasion of the request of invalidity of the marriage. The resolutions have to be interpreted in one double sense: on the one hand the complex reality that usually has preceded to the married crisis, and of that every time less account in these resolutions occurs; of another part it is had to consider the legal reach, by substantives and procedural modifications, that have occurred v. gr. to the guard of the childrens, the compensatory pension, etc... Kronwing the new carried out configuration thorough one only can to take a reading fit to the reality, the most moved away of the personal and sometimes partial opinion of each one of the spouses.

## 1. INTRODUCCIÓN

La reforma de la ley de la separación y el divorcio llevada a cabo en julio de 2005, dentro de un amplio contexto de reformas legislativas del derecho de familia ha supuesto una *internalización social del divorcio*, de modo que actualmente se le considera como un acontecimiento vital más. Esta internalización, unida a presiones políticas de cuño muy diverso, ha sido la ratio que ha informado las reformas legislativas del año 2005, tanto la *Ley 13/2005, de 1 de julio*, por la que se modifica el Código Civil en materia de derecho a contraer matrimonio, que introduce el matrimonio entre personas del mismo sexo (el llamado matrimonio homosexual) como 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, y que supera el divorcio causalista para introducir un divorcio unilateral y abstracto (el llamado divorcio *exprés*)<sup>1</sup>.

Debe ponerse de relieve que, al margen de la valoración estrictamente jurídica del nuevo sistema<sup>2</sup>, la reforma acaecida ha despreciado radicalmente toda alternativa que no viniera auspiciada por el poder político dominante. Es un dato objetivo —y en ningún caso una reflexión política— que las líneas básicas del sistema divorcista son exactamente iguales a las recogidas en el inicial Anteproyecto elaborado por el Gobierno de forma que si bien cabe constatar la existencia de un amplio diálogo, político y mediático, sobre el alcance y consecuencias del nuevo divorcio es también posible calificar tal diálogo como de sordos. Se oyen pero no se escuchan, y mucho menos se atienden, las alternativas a la propuesta de quién decide y de quién finalmente, impone<sup>3</sup>.

La consecuencia ha sido que se ha producido la absoluta descontratualización del matrimonio, valorando como tal su absoluto alejamiento del entendimiento del más elemental contenido de los contratos sinalagmáticos; esto lleva a nueva configuración normativa donde el consentimiento matrimonial se proyecta expresamente por ambos cónyuges para acceder a la institución pero, en ningún caso, para mantenerse en ella<sup>4</sup>.

1 V. Guilarte Domínguez, Prólogo, in: V. Guilarte Gutiérrez (Dir.), Comentarios a la reforma de la ley de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio, 2005, 7-9. Como indica en el prólogo de esta obra su Director, el catedrático Vicente Guilarte: «... *Sin lugar a duda, la normativa aprobada es la más avanzada de cuantas ofrece el derecho comparado, conteniendo soluciones a las que ni tan siquiera los antaño envidiados países nórdicos han accedido aún...*».

2 B. Sillero Corveto, La reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio: nuevas perspectivas, Libro-Homenaje al profesor Manuel Amorós Guardiola, vol. 1, 2006, 1767-1796.

3 V. Guilarte Gutiérrez, op. cit., p. 39.

4 R. Rodríguez Chacón, La reforma matrimonial de 2005 en materia de separación y divorcio, in: El nuevo régimen legal del matrimonio civil en España: estudios en honor del profesor Víctor Reina Bernáldez. Coord. por Guadalupe Souto Nieves, 2008, 107-116.

De este modo ese consentimiento inicial no obliga a nada salvo a «ingresar» en la institución, pero en ningún caso a mantenerse en ella. En este sentido, tal consentimiento bilateral agota su eventual obligatoriedad en el deseo inicial de someterse a ese marco jurídico convivencial donde hay una nueva regla básica: cualquiera de los dos es libre para obviarlo. En conclusión después de esta la reforma el matrimonio ni siquiera llega a la categoría de mero negocio jurídico. Es significativo de tal entendimiento de las cosas la SAP de Segovia de 7 de mayo de 2002, que fue ejemplarmente citada por el CGPJ<sup>5</sup> en el Informe al anteproyecto de ley de

5 En dicho Informe se cuestionaba la regulación unitaria de la separación y el divorcio toda vez que suponía olvidar «que su naturaleza y efectos son muy distintos por lo que es incorrecta la aplicación de un mismo régimen en cuanto a la forma de obtener una y otro».

Otras ideas fundamentales de ese informe, tras analizar la legislación en materia de separación y divorcio en los países europeos que *«El anteproyecto de ley remitido para informe por el Gobierno prevé, al reformar el artículo 81 del Código Civil, el divorcio de mutuo acuerdo, bien a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, y el divorcio a petición de uno de los cónyuges sin causa y una vez transcurridos los tres primeros meses de matrimonio. Al respecto debemos manifestar:*

1. *No es lo que rige en nuestro entorno jurídico y cultural al que pertenecemos ya que hemos visto que el divorcio unilateral sin causa es realmente excepcional y aceptado, y siempre con plazos, en dos países nórdicos (Finlandia y Suecia), más alejados de nuestra tradición jurídica.*

2. *El plazo que se ha establecido supone el consagrar un divorcio unilateral que va mucho más lejos de lo previsto incluso en los dos países que lo admiten, pues se reduce considerablemente al fijarse en tres meses frente a los seis de Finlandia y Suecia.*

3. *El plazo que se exige en el anteproyecto es únicamente de tiempo de matrimonio previo al momento de solicitar el divorcio, con lo que parece que se quiere instaurar una especie de matrimonio a prueba durante ese lapso de tiempo. Sin embargo, una vez tomada la decisión de divorciarse puede presentarse la demanda que, previos los trámites procesales oportunos, dará lugar a la sentencia de divorcio, sin que se exija un periodo de reflexión con una ratificación posterior de la demanda que permita constatar la firme voluntad de romper el vínculo, tal y como establecen los ordenamientos finlandés y sueco. La exigencia del plazo debe figurar en el texto legal en términos que claramente evidencien la propia naturaleza de esa exigencia temporal, que no es otra que la objetivación de la seriedad y persistencia en la voluntad unilateral disolutoria. De ahí que mas que exigirse un plazo previo a la posibilidad de demandar, debe exigirse como un plazo necesario entre la formulación de la pretensión y una posterior ratificación o reiteración de la misma.*

4. *Se incluye en un mismo precepto y se regula de forma unitaria la separación y el divorcio, olvidando que su naturaleza y efectos son muy distintos por lo que es incorrecta la aplicación de un mismo régimen en cuanto a la forma de obtener una y otro. Dos figuras jurídicas distintas no pueden tener el mismo régimen legal, salvo que se confundan, como parece hacer el anteproyecto de ley que aquí se informa.*

5. *Por su acierto en el análisis de la reforma que se informa, se hacen propias muchas de las consideraciones que expresa la Federación de Asociaciones de Mujeres Separadas y Divorciadas. Así, el proyecto, parte del supuesto de que la ley en vigor instituía una «separación culpabilizadora» y un «divorcio-sanción» descalificando las «causas» de separación establecidas por la Ley de 7 de julio de 1981, por considerarlas causas de culpabilidad, lo que supone calificar al divorcio subsiguiente, como «divorcio-sanción». Pues bien, con razón se dice por la Federación que se está incurriendo con ello en el equivoco de confundir «culpabilidad moral» del hecho que provoca la separación con la «responsabilidad jurídica» de los efectos que del mismo se derivan. Ser responsable de las causas jurídicas que legitiman la separación, no quiere decir que se sea «culpable» de los hechos que las configuran.*

modificación del código civil en materia de separación y divorcio, que afirmaba que «tal flexibilidad de criterio no puede conducir al amparo judicial de pretensiones de separación carentes de toda cobertura legal, cual acaece con la sola decisión o voluntad unilateral de uno de los cónyuges por la pérdida del afecto marital respecto del otro y contra la voluntad de éste cuanto ello sobrepasaría de forma no permitida los contornos de la figura examinada para alojarse en el repudio que ningún encaje ostenta en tal ámbito de las relaciones jurídicas en nuestro derecho positivo<sup>6</sup>».

Estamos con V. Gilarte cuando afirma que «*quizás se haya ido demasiado lejos pues, una cosa es el pleno respeto a la libertad individual de la persona que impediría la existencia de trabas legales que propicien la persistencia de una convivencia no querida y otra distinta es que tal libertad, de ejercitarse, no tenga consecuencias de ningún tipo para quien de alguna manera rompe con un proyecto de vida nacido en principio por acuerdo de los contrayentes con una cierta vocación de continuidad*»<sup>7</sup>.

Frente al matrimonio que reflejaba el Código Civil español en la reforma de 1981, actualmente la nueva legislación muestra un matrimonio puramente coyuntural y evanescente, condicionado a la persistencia de la *affectio maritalis*, cuyos miembros, además, pueden ser de distinto o igual sexo.

---

Cuando la ley actualmente en vigor enuncia las «causas» de separación, no lo hace con el fin de imputar culpabilidad al cónyuge que objetivamente ocasionó los hechos determinantes de la separación, sino con el único fin de determinar su responsabilidad jurídica, en consideración a los solos efectos que de la ruptura conyugal se desprenden, tales como la atribución de los hijos, el establecimiento régimen de visitas o su suspensión (Art. 94 Código Civil), privación de la patria potestad (Art. 92 Código Civil), etc. El mantenimiento de estas causas jurídicas legitimadoras de la separación —y consecuentemente del divorcio— es enteramente imprescindible, con el fin de que el Juez pueda cumplir una normativa tan clara e inatacable como la prioridad del interés de los hijos en atención a salvaguardar la integridad psicofísica de los mismos (obviamente en riesgo, en los casos de violencia concretada en los malos tratos) así como la inexcusable protección al cónyuge que sea víctima de dichos comportamientos. Pero, además, hay otras razones que sin llegar a la violencia contra el menor o la madre pueden destruir su futuro como queda claramente explicitado al comentar las necesidades de cuidado, atención y afectividad que los hijos precisan. En materia jurídica, no se concibe un contrato sin causa. Así como sería una aberración jurídica la cancelación unilateral de un contrato (por definición sinalagmático), así también lo es un «divorcio sin causas justificativas»: no causas morales, sino causas que jurídicamente justifiquen la denuncia y subsiguiente rescisión del contrato bilateral, que es el matrimonio. La ruptura del contrato jurídico matrimonial contra la voluntad de la otra parte signataria del negocio sinalagmático, debe dar derecho a ésta a obtener la compensación que le es debida. Eso es lo que la actual Ley de divorcio cuidó de establecer en términos, no por razones de tal o cual moral, sino por indispensable rigor jurídico sin dejar de ser por ello una ley progresista. La modernización y actualización de las leyes no tiene por qué estar reñida con la pérdida del sentido ético, ni, tampoco dar lugar a que ambos planos se puedan confundir.

6 [http://www.forofamilia.org/documentos/Informe\\_cgpi.pdf](http://www.forofamilia.org/documentos/Informe_cgpi.pdf)

7 V. Gilarte Gutiérrez, op. cit. 43.

Paralelamente debe indicarse que en el ámbito de las relaciones patrimoniales de la familia estamos a cola de la evolución normativa pues la regulación de nuestra sociedad de gananciales —fuente de inagotables procedimientos y de no pocos episodios de violencia doméstica— permanece anclada en una regulación casi decimonónica inaceptable en el nuevo marco matrimonial, así como, inválida para dar respuesta coherente a las nuevas realidades patrimoniales de ese novedoso matrimonio y que apenas ha suscitado inquietudes en nuestros parlamentarios con ocasión de la reforma matrimonial<sup>8</sup>. Y otra observación que no puede pasar desapercibida es la nula reforma de parte del derecho de sucesiones que, de seguir el legislador su pretendida coherencia jurídica, debiera haber acompañado la reforma del derecho matrimonial operada<sup>9</sup>.

Por ello el legislador, tan sensible al respeto de la voluntad individual, debiera haber sido sensible a las eventuales consecuencias patrimoniales del desistimiento unilateral, pues, sabido resulta que siempre que nuestro ordenamiento admite la posibilidad de desistir unilateralmente de un contrato (artículos 1594 del Código Civil y artículo 11 de la Ley de Arrendamientos Urbanos) lo hace a cambio de gravar a quien así lo hace con determinadas responsabilidades derivadas del incumplimiento que ello supone. Las pautas moduladoras del alcance del proscrito enriquecimiento injusto entiendo que debieran ser plenamente aplicables al caso. De momento, la única vía para que así se tenga en cuenta es la ambigua referencia a «cualquier otra circunstancia relevante» de que nos habla el número 9 del artículo 97<sup>10</sup>. Incluso la doctrina y la jurisprudencia que permitiría la resolución del contrato por excesiva onerosidad puede ser una regla general cuando la relación obligatoria es sinalagmática; en este caso existe una facultad que se atribuye a la parte perjudicada por el evento sobrevenido, esa parte es quien puede optar entre cumplir el contrato en sus propios términos o demandar su resolución<sup>11</sup>, pero nunca queda al arbitrio de una parte y sin causa ninguna la resolución del contrato, y entendemos que menos en un contrato tan peculiar por su propia naturaleza jurídica (al menos hasta 2005), civilmente hablando, como es el matrimonio. En la nueva configuración del matrimonio hay una expulsión del carácter o elemento de «interés público» que siempre ha tenido el matrimonio, de modo que se

8 V. Guilarte, *op.cit.* p. 44.

9 J. Ruiz- Rico Ruiz-Morón, La supresión de las causas de separación y de divorcio: incidencia en otros ámbitos (a propósito de la reforma del CC por Ley 15/2005, de 8 de julio), *Aranzadi civil* 2, 2005, 2049-2062.

10 V. Guilarte, *op.cit.* p.51.

11 L. Díez Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial* I. 2ªEd. Madrid 1983, 888.

ha fomentado que esta institución se configure de una manera un tanto extraña como un nuevo modo de autocomposición<sup>12</sup>.

En el Informe ya citado emitido por el Consejo General del Poder Judicial se hizo un análisis del Anteproyecto de Ley a la luz del Derecho comparado europeo. Advertía dicho informe que ningún país de nuestro entorno admite la voluntad unilateral de uno de los esposos sin la concurrencia, al menos, de causa o de un plazo de reflexión que evidencie una voluntad firme y constante, de lo que puede deducirse que existe una ruptura matrimonial. Se llega a decir que tal divorcio unilateral se acerca no al sistema matrimonial europeo sino a una figura equivalente al repudio.

Por otro lado, el Consejo apuntaba a que la exigencia de plazo debiera figurar en el texto legal en términos que claramente evidenciaran la propia naturaleza de esa exigencia temporal: objetivar la seriedad y persistencia en la voluntad unilateral disolutoria. De ahí que el informe abogase porque el plazo no haya que referirlo tanto a la posibilidad de demandar como al momento entre la demanda y una posterior ratificación o reiteración de la misma.

Criticaba también el Consejo General del Poder Judicial que al regularse la separación y el divorcio de forma unitaria se olvida que su naturaleza y efectos son muy distintos provocando que sea incorrecta la aplicación de un mismo régimen en cuanto a la forma de obtener una y otra.

Por último, entendía el Consejo que era imprescindible el mantenimiento de causas jurídicas legitimadoras de la separación y del divorcio sobre la base de que así el Juez puede satisfacer el interés de los hijos y dar protección al cónyuge no causante de esos comportamientos.

Pero esta reforma únicamente se ha limitado en este ámbito a cambiar la configuración jurídica del matrimonio, pero no ha considerado otras consecuencias como las de índole patrimonial y sucesoria vinculadas a tal reforma, una razón más para poder afirmar que ha quedado al descubierto la verdadera pretensión (política) de esta reforma.

En definitiva estamos ante una reforma que ha sido polémica en los aspectos sustantivos y que se ha recibido de mejor grado en los procesales<sup>13</sup>.

12 Sobre los elementos de la autocomposición véase V. Moreno Catena y V. Cortés Domínguez, *Introducción al Derecho procesal*, 3ª Ed., Valencia 2008, 37-39.

13 M<sup>a</sup> P. Manzana Laguarda, *Reforma en materia procesal introducidas por la Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio*, in: *Comentarios a las reformas de Derecho de familia de 2005* / coord. por J. R. de Verda y Beamonte, 2006, 271-284.

Por lo demás, el objeto de esta aportación es abordar el contenido de una serie de instituciones jurídicas (pensión compensatoria, guarda y custodia compartida etc..) que se han visto modificadas, en sus aspectos sustantivos y/o procesales, por las recientes reformas legislativas. El alcance de estas reformas ha sido en algunos casos de tal calado que se hace necesaria una relectura y adaptación de estos conceptos, dados los nuevos perfiles legales de estas instituciones<sup>14</sup>. Han sido reformas que han afectado tanto a aspectos procesales como sustantivos, y que se han producido con la entrada en vigor de leyes que abordan de manera indiscriminada a los aspectos sustantivos y procesales, en una técnica jurídica que también resulta discutible.

La realidad es que si bien siempre ha sido cierto que cada separación o divorcio es una cuestión poliédrica, expresión no solamente el enfrentamiento de los cónyuges sino toda una compleja problemática de familia, no es menos cierto que cada vez resulta más complejo deducir lo sucedido en la crisis matrimonial con algo de certeza a partir de las actuaciones civiles llevadas a cabo. Las resoluciones que afectan al matrimonio, y que llegan en forma de sentencias y de autos judiciales o de convenios reguladores a diversas instituciones, como pueden ser los tribunales eclesiásticos con motivo de la petición de nulidad del matrimonio, han de ser interpretadas en una doble clave: por una parte la compleja realidad que suele haber precedido a la crisis matrimonial, y de la que cada vez se da menos cuenta en estas resoluciones; de otra parte se ha tener en cuenta el alcance legal, por modificaciones sustantivas y procesales, que se ha dado tras las reformas del derecho de familia a figuras como v. gr. la guarda y custodia, la pensión compensatoria etc... Solo conociendo a fondo la nueva configuración llevada a cabo estaremos en condiciones de hacer

14 Se instala cada vez más entre los autores la posibilidad de establecer un matrimonio sólo canónico. Apuntan también la incongruencia que supone que se instrumenten una serie de dificultades para la preparación del matrimonio civil (expediente) en torno a los matrimonios que se contraen por razones que no son las auténticamente matrimoniales, cuando los otros elementos constitutivos del matrimonio tampoco obedecen a ellas. Ejemplo de esta incongruencia es la Instrucción de 31 de enero de 2006 de la Dirección General de los Registros y del Notariado, sobre los matrimonios de complacencia. Su fundamentación es como si estuviera sacada de la canónica y se defendiera una idea de matrimonio y familia, solamente para los casos de preparación de matrimonio entre nacional y extranjero, o para la inscripción de los celebrados en el extranjero, en discordancia clara con la regulación del matrimonio una vez celebrado. En esta línea, J. Rodríguez Torrente, *Los matrimonios simulados: repercusiones canónicas de su tratamiento normativo civil*, in: R. Rodríguez Chacón y C. Guzmán Pérez (coords.), *Instituciones básicas, interacciones y zonas conflictivas de derecho canónico y derecho eclesiástico*. Actas de la XXVIII Jornadas de actualidad canónica organizadas por la Asociación Española de Canonistas en Madrid, 26-28 de marzo de 2008, Madrid 2009, 191-192; 212; C. Guzmán Pérez, *El matrimonio sólo canónico*, in: M. Cortés Diéguez y J. San José Prisco (coords.), *Curso de derecho matrimonial y procesal canónico para profesionales del foro XIX*. Salamanca 2009, 117-152.

una lectura ajustada a la realidad, y lo más alejada de la opinión personal y a veces parcial de cada uno de los esposos. No está de más una atenta puesta al día para evitar posibles lecturas incorrectas del contenido de los procesos civiles desarrollados.

## 2. CONFIGURACIÓN DE LA SEPARACIÓN Y DEL DIVORCIO

El artículo 81 del Código civil ha quedado redactado de la siguiente manera: *«Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:*

1. *A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.*
2. *A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.*

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

Esta norma, que facilita la concesión del divorcio de manera cuasi automática, a petición de uno solo de los cónyuges, ha sido la razón de la drástica desaparición de los procesos de separación matrimonial. Razones de economía procesal y de economía de los litigantes (ahorro del proceso de separación al poderse solicitar directamente el divorcio), explican que se acuda directamente al divorcio<sup>15</sup>. Y a este camino puede ser conducido todo cónyuge, dándose situaciones en las que se vea inmerso en el proceso de divorcio, incluso en contra de su propia voluntad, y sin posibilidad de alegar nada en contrario para limitar tal actuación. Por tanto en esta reforma se unifica el procedimiento, desde un inicio, y sin que sea imprescindible pasar por una previa situación de separación legal o

<sup>15</sup> <http://www.custodiacompartida.org/content/view/1001/1003/> y también en [www.poderjudicial.es](http://www.poderjudicial.es)



de hecho<sup>16</sup>. Es decir, con la nueva regulación, los cónyuges tienen desde un principio dos posibilidades para solicitar en su demanda: la separación, en cuyo caso necesitarán un posterior procedimiento para lograr la disolución de su matrimonio sin sujeción a plazo alguno, o directamente el divorcio. Esta norma trae como consecuencia inmediata que el ámbito de decisión judicial para admitir el divorcio se ha visto radicalmente reducido pues se limita a la comprobación de los presupuestos formales que establece el artículo 81 del Código civil, a los que expresamente se remite. Quizás por el carácter escasamente decisor de la competencia judicial en la materia será incluso anómalo que llegue a producirse algún supuesto de «objeción de conciencia», por parte de algún Juzgador de modo diferente a como hemos visto ha acaecido para celebrar bodas homosexuales o como, en los albores de la vigencia de la reforma de 1981, también tuvimos ocasión de ver a propósito del divorcio.

Consecuentemente, ya no es necesario, ni tan siquiera posible, la comprobación de determinados hechos como lo era el que efectivamente se hubiera producido el cese de la convivencia conyugal pues la valoración de todo el trasfondo causal que lógicamente también estará presente ante la presentación de una demanda de divorcio, compete en exclusiva a los esposos y, en ningún caso ya, al Juez.

Tampoco puede plantear ninguna duda la referencia a que el divorcio se decretará sea cual sea la forma de matrimonio pues como es incuestionable, lo que el Código Civil regula, y por ende disuelve, es el matrimonio civil sea cual sea su forma de celebración dentro de las admitidas por nuestro ordenamiento.

El precepto simplifica lo que en materia de separación aparecía diversificado en dos apartados. De esta manera, al igual que allí acaecía, la demanda puede interponerse por ambos esposos, por uno con consentimiento del otro o exclusivamente por uno solo de ellos. A tal efecto, en términos que señala el artículo 81, deberá acompañarse bien el convenio regulador bien las medidas que a juicio del demandante deban servir para regular los efectos de tal divorcio. Petición compatible, como ya dijimos, con la de medidas provisionales y también con las previas a la demanda de divorcio.

No hay dificultad alguna para, al amparo del artículo 770.5 de la LEC, reconducir al trámite de mutuo acuerdo del artículo 777 el proceso inicialmente planteado con carácter contencioso.

16 A. M<sup>a</sup>. Velasco Vega, J.M<sup>a</sup> Llul, La reforma del Código Civil en materia de matrimonio, separación y divorcio: Ley 13/2005 de 1 de julio y el Ley 15/2005 de 8 de julio, in: *Economist & Jurist*, vol. 14, n<sup>o</sup> 96, 2005, 44.

Del mismo modo tampoco plantea esta remisión dificultades hermenéuticas de ningún tipo por lo que basta con el reenvío en bloque a los correspondientes apartados del artículo 81, ya analizado, y que presenta pocas especialidades al proyectarlo sobre el divorcio.

A tal efecto, en primer lugar, diremos que no parece que pueda dudarse —a la vista de la literalidad de la remisión— de la vigencia del lapso temporal de tres meses obstativo, en tanto no transcurra, a la interposición de la demanda de divorcio que, de ser presentada antes, ha de ser liminarmente rechazada pues como dijo la SAP de Madrid de 22 de abril de 1993, siguiendo una doctrina procesalmente inobjetable, los requisitos definidores de la acción de divorcio deben necesariamente concurrir al inicio de la litis. No es admisible por ello la dulcificación del requisito temporal en función de razones de economía procesal que, por ejemplo aunque a otros efectos, sancionó la SAP de Barcelona de 22 de enero de 1998 pues el lapso de tres meses es tan exiguo que su atemperación llevaría a su absoluta amortización en contra de la previsión legislativa.

Finalmente el convenio regulador o la propuesta de medidas a las que se refiere el artículo 81 deberán estar específicamente proyectadas hacia las que han de regular la situación de separación o de divorcio<sup>17</sup>.

Sin embargo, y pese a la trascendencia de la reforma sustantiva, *la reforma procesal únicamente afecta al contenido de la reconvencción*, acogiendo la tesis de un sector judicial que abogaba por admitirla únicamente cuando se pretendiera un efecto distinto sobre el vínculo matrimonial que el solicitado en demanda, previa, naturalmente, la consolidación de la concepción no causal de la separación y el divorcio. Respecto a la reconvencción, no supone ninguna novedad en cuanto a la forma y plazos para su formulación. Sin embargo, se facilita la agilización de la tramitación para la obtención de la disolución matrimonial ya que se permite expresamente al demandado de separación utilizar esta vía para lograr el divorcio lo que ya era objeto de admisión. En definitiva, y acogiendo un criterio muy extendido en la praxis judicial, se limita la reconvencción a supuestos en que se pretende un efecto distinto sobre el vínculo matrimonial del interesado en la demanda.

17 V. Guilarte, op.cit. 92-93.

3. PATRIA POTESTAD-GUARDA Y CUSTODIA. ESPECIAL REFERENCIA A LA DENOMINADA GUARDA Y CUSTODIA COMPARTIDA

a) *Un tema polémico*

Como dice la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 de Modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio, cualquier medida que suponga trabas o dificultades a la relación de un progenitor con sus descendientes, debe encontrarse amparada en serios motivos y ha de tener por justificación su protección ante un mal cierto, o la mejor realización de su beneficio e interés. Consiguientemente, los padres deberán decidir si la guarda y custodia se ejercerá sólo por uno de ellos, o bien por ambos de forma compartida. En todo caso, determinarán en beneficio del menor cómo se relacionará del mejor modo con el progenitor que no conviva con él, y procurarán la realización del principio de corresponsabilidad en el ejercicio de la potestad. También el Juez, en los procesos incoados a instancia de uno solo de los cónyuges, y en atención a lo solicitado por las partes, puede adoptar una decisión con ese contenido<sup>18</sup>.

La doctrina ha señalado que la custodia compartida es un estado psicológico que puede predicarse de dos personas que ejercen de consenso, con plena responsabilidad y con unidad de criterio, las responsabilidades para con sus hijos. No es por tanto una situación jurídica que pueda ser impuesta coactivamente. De ahí que cuando el padre y la madre de unos menores vivan separados, se pueda imponer la custodia conjunta mediante el reparto de las responsabilidades para con los hijos en un grado mayor o menor, o la distribución temporal o funcional de las mismas, pero estaremos en todo caso ante supuestos de custodia repartida y nunca compartida, puesto que ésta no puede imponerse a uno de los progenitores en contra de la voluntad del otro, sino que presupone la existencia de un acuerdo de voluntades<sup>19</sup>, o lo que es lo mismo, una asunción voluntaria de responsabilidades.

De ahí que también haya que reconocer la conveniencia de relativizar la denominación de lo que tanto se ha dado en llamar «guarda y custodia compartida», pues lejos de ser referida a una atención conjunta de los hijos, en definitiva, lo ha sido a una custodia exclusiva ejercida de forma alternativa o rotatoria por los progenitores, lo que ya existe en supuestos en que

18 M. Palay Vallespinos, Medidas en relación a los hijos y regulación de la guarda y custodia compartida tras la Ley 15/2005 de 8 de julio, in: El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005, Asociación Española de Abogados de familia, 2007, 52-53 y 61-65.

19 J. P. Ortuño Muñoz, El nuevo régimen jurídico de la crisis matrimonial. Madrid 2006.

existe un amplio régimen de visitas y estancias para el padre no custodio que impiden relegar su papel al de mero visitador de los hijos. En cualquier caso, el papel que en la decisión del Juez tienen los facultativos, obliga a tener muy en cuenta los criterios psicológicos que por tales especialistas se han venido valorando para tal establecimiento.

Dentro de los mismos, siempre se ha destacado la necesidad de que ambos padres asuman tal responsabilidad como algo prioritario a sus propias finalidades así como su imprescindible capacidad para llegar a acuerdos.

El problema está resultando ser la distribución de estancias con cada padre. Hay Juzgados y Audiencias provinciales que entienden por guarda y custodia compartida la estancia con un padre durante un año, otros durante seis meses, e incluso se establecen criterios de estancia diaria con cada padre: v. gr. uno se encarga de llevar a los menores al colegio, el otro padre de recogerlos, unos días con uno y otros días con otro etc... En recientes estudios se muestra que tanto jueces como abogados y psicólogos forenses muestran preferencia por la custodia exclusiva con un amplio régimen de visitas a favor del progenitor no custodio, a pesar de lo cual el sistema de guarda y custodia compartida está dando resultados que son calificados como favorables<sup>20</sup>, algo directamente derivado, entendemos, de las exigencias legales para su establecimiento<sup>21</sup>.

En determinados casos puede considerarse positiva para los hijos la guarda y custodia compartida, aún con la dificultad, si no imposibilidad, que ello entraña, por cuanto es claro que el ejercicio de la guarda y custodia supone la necesidad de adoptar determinados acuerdos respecto a los menores que es imposible que sean adoptados por ambos padres de consuno en el proceso contencioso de la nulidad del matrimonio, la separación o el divorcio. En estos casos entendemos que debe optarse, necesariamente, por la atribución de la convivencia de los menores con uno de aquellos, lo que implica que ese padre será quien, por ejemplo, dé la autorización para que los hijos o alguno de ellos pueda acercarse durante unas horas a una biblioteca para preparar los deberes, o que dicho trabajo pueda llevarlo a cabo en casa de un amigo o compañero de colegio, o acudir a determinado evento o espectáculo. Es algo que lógicamente sólo puede adoptar aquel de los padres con el que convive y al que se le presenta la necesidad de prestar el consentimiento en el momento en que le es solicitada la autorización por el hijo, sin necesidad de que para ello

20 M. Arch Marín y A. Jarne Espacia, Opinión y valoración de los diferentes sistemas de guarda y custodia por psicólogos forenses y juristas españoles. Un estudio piloto, in: Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, 41, 2008, 31.

21 Vid. *Infra*. apartado b).

deba consultarlo con el otro padre. De este modo difícilmente puede tener su encaje el ejercicio compartido de la guarda y custodia en la atribución temporal de la misma, por periodos más o menos largos, a ambos padres, aunque ello suponga una forma de aproximarse a lo que puede entenderse un desideratum más que un verdadero ejercicio compartido de la guarda y custodia.

Esto sucede sobre todo si se tiene en cuenta que guarda es acción de guardar y guardar significa tener cuidado de una cosa, vigilarla y defenderla, conservar o retener una cosa, atender o mirar a lo que otro hace, preservar una cosa del daño que le pueda sobrevenir. Custodia por su parte es acción y efecto de custodiar, y custodiar es guardar con cuidado y vigilancia, referido, lógicamente, a persona en lugar de a cosa.

Esto difícilmente puede llevarse a cabo, simultáneamente o de forma compartida por aquellos que viven separados y que tienen en su compañía a los hijos de manera no simultánea, como consecuencia de la separación de las personas que entraña la separación de hecho, la separación judicial o el divorcio.

Por lo tanto más que de guarda y custodia *compartida* puede hablarse de guarda y custodia *alternativa*, por cuanto es lógico que cada padre que tenga en su compañía a los menores durante el periodo de tiempo que se señale, y vendría facultado, en virtud de la guarda, para adoptar las decisiones atinentes a la vida ordinaria o cotidiana del menor sin necesidad de consultarlo con el otro, a diferencia de lo que ha de acaecer cuando quien ostenta la guarda es uno de ellos y respecto al otro se establece un régimen de visitas aunque éste sea más o menos amplio, sin que ello signifique que a ambos padres se les otorgue la guarda de los menores.

#### b) Aspectos sustantivos y procesales

En primer lugar, debe advertirse que esta materia es objeto de una doble regulación, por una parte, en sede de patria potestad y, por otra, en sede de Separación y divorcio. El artículo 156 del Código Civil, en su párrafo quinto, establece que «*si los padres viven separados, la patria potestad se ejercerá por aquel con quien el hijo conviva. Sin embargo, el juez, a solicitud fundada del otro progenitor podrá, en interés del hijo, atribuir al solicitante la patria potestad para que la ejerza conjuntamente con el otro progenitor o distribuir entre el padre y la madre las funciones inherentes a su ejercicio*»; y, por su parte, el artículo 92 del Código Civil, tanto en su redacción actual como en la dada por la reforma de 7 de julio de 1981,

permite al juez acordar que la patria potestad sea ejercida por uno de ellos, total o parcialmente. En el primer caso, parece que la regla es el ejercicio separado y se permite al juez dictaminar el ejercicio conjunto, a solicitud del progenitor no custodio, y en el segundo que la regla es el conjunto y el juez puede acordar el ejercicio separado.

En un primer acercamiento a esta figura conviene aludir a la confusión terminológica que existe y a la que parecía poner fin la adopción en el Senado de la expresión *guarda y custodia compartida de forma alterna* que no quedó incorporada al texto definitivo por un error en la dirección de las votaciones en el Congreso. Pues bien, hasta el momento de la reforma, se utilizaba en la práctica del foro y en la doctrina la expresión *custodia compartida* para referirse a este modelo de guarda y, sin embargo, la redacción final del artículo 92 incluye dos términos para referirse a lo que, en puridad, es una guarda alterna: «guarda conjunta» (párrafo séptimo) y «guarda y custodia compartida» (párrafo quinto y octavo). Ambas denominaciones han sido objeto de críticas precisamente por no responder a la dinámica en que consiste: la guarda ni es conjunta ni se comparte sino que se alterna; por ello, parece que lo adecuado sería hablar de guarda alterna en los casos en que se produzca una sucesión en la guarda y custodia de los hijos, aunque forzoso es reconocer que la expresión *custodia compartida* es la que se ha popularizado para describir esta práctica y que, a mi juicio, engloba la guarda alterna y la guarda exclusiva con un régimen amplio de comunicación y estancia o incluso régimen libre de comunicación y estancia<sup>22</sup>.

Una seria dificultad a la hora de aplicar esta figura viene dada por el establecimiento de la alternancia; no debe entenderse que en cada período el padre o madre pueda decidir y disponer libremente; las líneas básicas serán asumidas en común y respetadas por ambos, pero en cada período el guardador desenvolverá el cuidado de los menores realizando los actos usuales u ordinarios y para lo extraordinario deberán consentir ambos. Esto va a exigir una relación constante entre los progenitores lo que conlleva a la hora de la verdad la excepcionalidad de esta medida.

Por tanto el juez, siempre en beneficio del menor, puede establecer que la patria potestad sea ejercida conjuntamente por ambos progenitores, por uno de ellos en solitario o bien distribuir sus funciones entre ambos progenitores.

Derivado de lo anterior es conveniente que el juez, al pronunciarse sobre el ejercicio de la patria potestad, imponga al guardador el deber de

22 C. Guilarte Martín-Calero, in: V. Guilarte Domínguez, in: Comentarios... p. 155.

información en relación con la situación personal y patrimonial de los hijos, de suerte que el progenitor no guardador pueda conocer el rendimiento escolar del hijo, la realización de actividades extraescolares, un accidente, una enfermedad, la práctica de una intervención quirúrgica. Parece evidente que de existir un clima de entendimiento entre los progenitores no será necesario una medida de tal naturaleza, pero sí en aquellos casos en los que la ruptura se haya presentado traumática y no haya voluntad de superar las diferencias.

Procesalmente, la actuación judicial en estas materias viene recogida en los párrafos sexto y noveno del artículo 92 del Código Civil. Esta normativa atiende, además de cuestiones procedimentales, a la naturaleza de la relación de los padres entre sí y de éstos con sus hijos. Son normas que bien pudieran estar contenidas en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Concretamente se establece que el juez deberá:

- a) Recabar el informe del Ministerio Fiscal: La participación del Ministerio Fiscal en los procesos especiales, sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores, se encuentra regulada en el apartado segundo del artículo 749 de la Ley de Enjuiciamiento Civil que establece que la intervención del Ministerio Fiscal será preceptiva, «siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal».
- b) Oír a los menores que tengan suficiente juicio: en sintonía con lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 92 que configura la audiencia de los menores en la toma de decisiones que les afectan como un derecho y no como una obligación, se condiciona aquélla a su pertinencia o necesidad; y sólo se llevará a cabo cuando se estime necesaria de oficio, a instancia del Ministerio Fiscal, de las partes o del Equipo Técnico Judicial o porque la solicite el propio menor; no parece necesaria en los casos de mutuo acuerdo donde se dispongan medidas razonables, tampoco en los que exista un informe psico-social del juzgado. Es en tramitación parlamentaria donde se introdujo el carácter necesario de la audiencia y basta leer la justificación de la enmienda para concluir que se actuó con acierto. Nada se establece acerca del modo de desenvolverse esta diligencia, pero, en todo caso, debe respetarse lo dispuesto en el párrafo segundo del número primero del artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección del menor que imperativamente establece: *«En los procedimientos judiciales, las comparencias del menor se realizarán de forma adecuada a su situación y al desarrollo evolutivo de éste, cuidando de preservar su intimidad».*

- c) Valorar, antes de decidir acerca de la guarda y custodia de los hijos, y como no podía ser menos, las alegaciones de las partes vertidas en la comparecencia y la prueba practicada.
- d) Por último se incluyó en el Senado la necesidad de valorar la relación de los padres entre sí y con sus hijos para determinar la idoneidad del régimen de guarda. Tal inclusión buscaba excluir la adopción de un régimen de guarda alterno en supuestos de relación deteriorada o conflictiva, en los que, como ya se ha señalado, este modelo no parece el más adecuado.

Ahora bien, esta relación de los padres entre ellos y, a su vez, con el menor, debe servir, asimismo, para atribuir la guarda unilateral al progenitor más predispuesto al entendimiento y al mantenimiento de los lazos del hijo con el otro progenitor; y, en su caso, para fijar un amplio régimen de comunicación y estancia que dificulte la pérdida de relación con el progenitor no custodio.

- e) Recabar el dictamen de especialistas. Se configura como una facultad del Juez. Se trata de una prueba pericial cuya finalidad es proporcionar al Juez elementos, basados en los conocimientos de dichos especialistas, que le permitan adecuar a la realidad de cada familia, el pronunciamiento relativo a la guarda y custodia de los hijos, optando por la guarda alterna o la exclusiva, fijando un régimen de comunicación y estancia más o menos amplio y estableciendo las garantías pertinentes para el buen funcionamiento del sistema de guarda adoptado. También en esta materia, y en relación con la exploración del menor, hubiera sido conveniente una actitud prudente y limitar el peritaje psicológico a los casos en que éste fuere verdaderamente imprescindible para formar la convicción del Juzgador y no respondiera a intereses espurios o a maniobras dilatorias.
- e) Excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco del artículo 92 del Código civil<sup>23</sup>, el juez, a instancia de una de las partes, *con informe favorable del Ministerio Fiscal*, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor<sup>24</sup>.

<sup>23</sup> Se está refiriendo al caso de mutuo acuerdo de los progenitores.

<sup>24</sup> C. Guilarte Martín-Calero, Comentarios al nuevo artículo 92 del Código civil, in: Guilarte Domínguez V. (Dir.), Comentarios... p. 175-178.



c) *Propuestas de aplicación*

Sobre este tema resultan relevantes, aunque evidentemente no sean vinculantes, las conclusiones del II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de familia, fiscales y secretarios con abogados de la sociedad española de abogados de familia, celebrado entre el 23 y 25 de noviembre de 2005<sup>25</sup>. Al tratar de los problemas procesales que plantea la aplicación de la custodia compartida se señala en el punto 3º que la «comparecencia» a la que se refiere el artículo 92.6, del C.C., comprende, en los supuestos contenciosos, tanto la comparecencia de las medidas previas como las coetáneas a la demanda, como la vista del pleito principal. De igual forma, en los supuestos de mutuo acuerdo el, la «comparecencia» del 92.6 referido, es la del trámite previsto en el art. 777, 4 y 5, de la LEC<sup>26</sup>.

En cuanto a la procedencia de la custodia compartida en los casos en los que el Ministerio Fiscal emita informe desfavorable, se ha de interpretar la norma de forma sistemática, en el sentido de que esta circunstancia no impedirá que el juez, a pesar de dicho informe desfavorable, apruebe la guarda y custodia compartida cuando motivadamente considere que es lo más adecuado para el menor. No puede prevalecer la opinión del Ministerio Fiscal, puesto que ello podría ser inconstitucional, al limitar la condición decisoria del juez. No obstante, se estima que sería conveniente que, por reforma legislativa, se suprimiera el requisito de que el informe del Fiscal tenga que ser favorable, y se diera una redacción similar a los casos de custodia compartida por acuerdo de los progenitores, en los que la ley dice que es necesario el previo informe del ministerio fiscal, con independencia del sentido del mismo.

Del mismo modo estas conclusiones, orientativas de la praxis, proponen que el término «patria potestad», sea sustituido por el de responsabilidad parental, atribuyéndole a la misma el contenido que recoge el

25 J. M. Illán Fernández, Los procedimientos de Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 4ª Ed., 2006, 977-986.

26 Art. 777, 4. de la Ley de enjuiciamiento civil: Ratificada por ambos cónyuges la solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, el tribunal concederá mediante providencia a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la demás que el tribunal considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador.

777.5. de la Ley de enjuiciamiento civil: Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oír a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor. Estas actuaciones se practicarán durante el plazo a que se refiere el apartado anterior o, si éste no se hubiera abierto, en el plazo de cinco días.

Reglamento (CE) 2.201/2003. Se estima conveniente, además, que se proceda a definir legalmente el contenido del término «guarda y custodia». Se recomienda que, tanto por los abogados, como por los jueces y magistrados, se haga constar este nuevo término de responsabilidad parental entre paréntesis, junto al término «patria potestad», o el correspondiente nombre que se le de a la institución por los derechos forales, en su caso, como «autoridad familiar» en Aragón o «potestad» en Cataluña.

Del mismo modo se propone que el párrafo primero del artículo 92.7, sea completado con el párrafo segundo del mismo precepto, en el sentido de que ninguna norma impide que, aunque no haya proceso penal por meros indicios, se pueda no otorgar la guarda y custodia compartida. Se debe hacer extensiva la prohibición del artículo 92.7 del código Civil para no atribuir la guarda y custodia en exclusiva a quien esté incurso en un proceso penal por alguno de los tipos que se enumeran en el párrafo primero de dicho artículo 92.7, a cuando existan contra el mismo indicios fundados de violencia doméstica (puntos 3.4 y 3.5).

En relación también con el artículo 92.9, se plantea que el informe técnico de especialistas no debe ser exigido en todo caso de guarda y custodia compartida, sino que debe dejarse a la valoración del juez, atendiendo a las circunstancias concurrentes. En definitiva, el artículo 92.9 del Código Civil, se estima en las conclusiones del Encuentro referido, no debe ser modificado en este aspecto.

#### 4. PENSIÓN COMPENSATORIA

##### a) *Normativa*

En el marco de la importante reforma operada en materia de separación y divorcio, que modifica y deja sin contenido varios preceptos del Código Civil —entre los que se incluyen algunos de los más controvertidos—, el legislador ha aprovechado para modificar la redacción del artículo 97 del Código Civil, dotándole del siguiente contenido:

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

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

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

En la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad»<sup>27</sup>.

La primera lectura del precepto parece revelar una nimia alteración de la regulación respecto a la establecida en 1981 para el artículo 97 del Código Civil. Parece así que la modificación no va más allá de ciertas alusiones a los acuerdos de los cónyuges y el reconocimiento expreso de las pensiones temporales y la compensación mediante prestación única, modalidades que sin embargo ya venían reconociéndose en la práctica<sup>28</sup>. Sin embargo, un análisis detallado de la nueva redacción, insertándola en los planteamientos de la reforma, podría llevar a dotar de un nuevo sentido al derecho que aquí se reconoce, comenzando por el cambio en su terminología, al sustituirse la «pensión» por la «compensación», que parece revestir a este derecho de un mayor cariz indemnizatorio.

Se intuye un intento del legislador por restringir el juego de la tradicional pensión compensatoria, quizás con el fin de adaptar la regulación a los cambios sociales que se han venido produciendo desde 1981, particularmente en lo que se refiere a la inserción de la mujer en el mercado laboral y los consiguientes cambios en la relación conyugal. Un matrimonio que ya no se concibe como indisoluble, que no se celebra para la asignación de roles diferentes para el marido y la mujer de acuerdo con una estructura social no exenta de cierta discriminación, sino que admite, y tras esta reforma facilita, la disolución del vínculo conyugal, y que se

27 En cursiva el texto modificado.

28 M<sup>a</sup> T. Martín Nájera, Pensión compensatoria, alimentos, y vivienda, últimos enfoques legislativos y jurisprudenciales, in: El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005, Asociación Española de Abogados de familia, 2007, 23-27.

concibe en términos de igualdad en cuanto al papel desempeñado por cada cónyuge, con una tendencia cada vez más acusada a la autonomía económica de cada uno de ellos, reclama un nuevo enfoque de la tradicional pensión compensatoria.

La nueva compensación se perfila de este modo con un carácter más restrictivo, recortando su vigencia con fórmulas como la temporalidad y sobre todo la prestación única, que permite una rápida desvinculación entre quienes fueron cónyuges. Al mismo tiempo se acentúa la incidencia de los acuerdos de los esposos, recalándose así el carácter dispositivo de la compensación, alejada de planteamientos que pudieran justificar la indisponibilidad, al suponer una prolongación de ciertos deberes conyugales más allá del matrimonio y que habrían de reconducirse al marco del derecho de alimentos, subsistente en los casos de separación pero carente de fundamento tras el divorcio. Por tanto el art. 97 referente a la pensión compensatoria ha sufrido una modificación en la intención del legislador que elimina el carácter atemporal que hasta ahora se había predicado acogiendo así la modalización que la doctrina de las audiencias ha ido realizando en los últimos años. Además, se concreta que las circunstancias que enumera lo son para determinar el importe, criterio que también había sido objeto de construcción jurisprudencial, y enumera las mismas en principio con vocación de abarcar todas las que pueden ser objeto de valoración pero sin dejar de contemplar la posibilidad de analizar otras que puedan resultar de relevancia.

La compensación cumple una función claramente diferente a los alimentos, y así puede desprenderse a la vista de los comentarios que formulamos a continuación.

Uno de los puntos más destacados de la reforma habida es que se acentúa el carácter potencial de la compensación económica. Para ello, el legislador ha introducido algunos matices semánticos que así lo ponen de relieve. Así, se introduce el pronombre «un» donde antes no se decía nada y se cambia el tiempo del verbo tener, y donde se decía «tiene» ahora se dice «tendrá». La pensión compensatoria que regula el artículo 97 del Código Civil cumple la finalidad de evitar, en la medida relativa que se infiere de los módulos cuantificadores que tal norma contempla, que la separación o el divorcio originen a uno de los cónyuges una situación de desequilibrio que se considere contrario a la justicia y la equidad, en atención a la concurrencia de dos factores o condiciones de cotejo, temporal la una, en cuanto dimanante de la pérdida de nivel adquisitivo de quien reclama el derecho en relación con el *status* pecuniario disfrutado durante la convivencia matrimonial, y personal la otra, pues además es imprescindible que la situación económica del posible beneficiario de la pensión

sea de inferioridad en comparación con la del otro consorte, habiendo de confluír ambas circunstancias, al no bastar una sola de ellas, para que pueda surgir el derecho regulado en el antedicho precepto.

El presupuesto necesario para que surja el derecho a la misma, según dispone el artículo 97 del CC, es que la ruptura matrimonial produzca un desequilibrio económico en la posición de uno de los cónyuges en relación con la del otro que implique un empeoramiento en su situación anterior, de ahí que deba tenerse en cuenta el nivel de vida del matrimonio a fin de determinar si por la separación o el divorcio, alguno de los cónyuges va a experimentar un descenso en su nivel de vida, y sólo en el caso de producirse y probarse tal deterioro, que ha de tener cierta relevancia o entidad, procederá la pensión compensatoria. Por ello, si ambos cónyuges cuentan con bienes o ingresos propios suficientes para continuar manteniendo un nivel de vida similar al disfrutado constante el matrimonio, no procederá el derecho a la pensión aunque exista notable diferencia entre el patrimonio de los cónyuges separados.

Es decir, tiene una naturaleza reparadora, tendente a equilibrar en lo posible el descenso que la separación o el divorcio puedan ocasionar en el nivel de vida de uno de los cónyuges en relación con el que conserve el otro, por lo que habrá de partirse como momento inicial para la constatación de si se produce o no desequilibrio económico y consecuentemente si nace el derecho a la pensión, de la situación instaurada en el matrimonio.

Su procedencia exige la previa justificación de los requisitos que condicionan su concesión, y con independencia de lo anterior, la reforma refuerza el carácter dispositivo de esta medida, así como el principio de rogación<sup>29</sup>.

Sobre su *carácter dispositivo*, los efectos económicos que afectan de forma exclusiva a los cónyuges están regidos por el principio dispositivo, a la vez que señalan la necesidad de concretar los pedimentos respecto a dichos efectos en los suplicios de sus escritos, pues caso de no existir petición expresa, y tampoco desprenderse de la *causa petendi*, el órgano jurisdiccional no puede conceder aquello que no ha sido solicitado<sup>30</sup>.

Por lo que respecta al carácter rogado de este beneficio, cabe señalar la necesidad de concretar los pedimentos respecto a dichos efectos en los suplicios de sus escritos, pues en el caso de no existir petición expresa, y tampoco desprenderse de la *causa petendi*, el órgano jurisdiccional no

29 C. Martínez Escribano, Comentarios del nuevo artículo 97 del Código civil, in: V. Guilarte Domínguez (Dir.), Comentarios... 185-186; 198-199.

30 F. J. Pastor Vita, Algunas consideraciones sobre la ley de reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio in: Revista de derecho de familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación, 28, 2005, 46-51.

puede conceder aquello que no ha sido solicitado: el Juzgado no puede concederlo de oficio.

Lo expuesto se puede sintetizar en los siguientes puntos:

En primer lugar que la pensión por desequilibrio, pertenece al poder dispositivo de los cónyuges de tal manera que el juez no la puede conceder si no ha sido expresamente solicitada por alguno de los cónyuges. De otra parte la pensión compensatoria está sometida al principio dispositivo, sin participar de la imperatividad propia del derecho de familia. Por lo tanto es un derecho renunciable y no hay lugar a reconocer pensión compensatoria a favor de un cónyuge cuando renunció anteriormente a ella o no fue fijada en un proceso anterior, ordinariamente el de separación.

En segundo lugar, para la concesión de la pensión compensatoria es exigible una previa petición de parte: de ambas a través del convenio regulador, o bien en la primera demanda propia. Si en ésta no se pidiera se podrá reconvenir con dicho objeto —nueva redacción del artículo 770, regla 2.<sup>a</sup>.d) de la LEC—, debiendo ser, en este último caso, la petición clara e indubitada, pues no cabe la reconvenición implícita. Finalmente cualquier pronunciamiento sobre ello por el juzgador sin la previa solicitud de parte incurrirá en *ultra petita* o incongruencia positiva.

Y finalmente sin lugar a dudas, la modificación que mayor relevancia tiene es la que pasa por reconocer que la compensación a recibir *«podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única»*, es decir, introduce, en el texto legal, la posibilidad de la limitación apriorística de la duración de la pensión —para el caso en el que la compensación se fije como pensión, y de otro lado, el que se pueda configurar como una prestación única, lo que no impide pactos sobre las formas de pago, períodos etc..., acuerdos que en caso de incumplimiento serían directamente ejecutables (art. 517 Ley de enjuiciamiento civil) pues formarán parte de la resolución que apruebe el juez.

#### b) *Propuestas de aplicación*

Nuevamente volvemos a hacer referencia a las propuestas de aplicación que se formalizaron en el II Encuentro Institucional de Jueces y Magistrados de familia, fiscales y secretarios con abogados de la sociedad española de abogados de familia, celebrado entre el 23 y 25 de noviembre de 2005<sup>31</sup>. Estas propuestas son orientativas y sirven para conocer cuántas

31 Punto 6º; texto completo in: J. M. Illán Fernández, Los procedimientos de Separación, Divorcio y Nulidad Matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento Civil, 4ª Ed., 2006, 977-986.

les pueden estar siendo los criterios de aplicación más habituales por parte de los juzgados, fiscales y especialistas. Al hacer propuestas para la aplicación y resolución de la problemática procesal de la nueva regulación de la pensión compensatoria, se indicaba que por «prestación única», como la califica el artículo 97 CC, se debe entender una cantidad a tanto alzado. Además se interpreta que la prestación única del artículo 97 CC, no podrá ser sustituida en sentencia por la entrega de otro bien del mismo valor, sin perjuicio de que las partes así puedan convenirlo, tal como prevé el artículo 99 del CC. Además en ningún caso, la prestación única se verá afectada por las causas modificativas o extintivas de los artículos 100 y 101 CC, referidos a la modificación o extinción de la «pensión compensatoria» y no de la «prestación única»<sup>32</sup>. El sistema de pago aplazado de la «prestación única», solo puede disponerse por sentencia en los casos en los que las partes lo hayan solicitado, sin que, en ningún otro caso, el juez pueda acordarlo de oficio. Y se recalca la idea de que la pensión compensatoria y la prestación única, no pueden ser acordadas de forma complementaria, lo que no impide que puedan ser solicitadas de manera subsidiaria, puesto que el artículo 97 CC utiliza la disyuntiva «o», y no la copulativa «y». Se acordó en ese Encuentro solicitar un tratamiento fiscal para los pagos por compensación en los casos de prestación única, similar al previsto para el artículo 1.438 del CC, o para el artículo 41 del Código de Familia de Cataluña.

## 5. OTROS ASPECTOS DE INTERÉS: AUDIENCIA DE LOS MENORES, MEDIACIÓN FAMILIAR, MODIFICACIÓN DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS

### a) *Audiencia de los menores*

Uno de los temas más conflictivos de la audiencia de los menores es el relativo a la imperatividad de esta audiencia. Encontramos una clara contradicción legislativa entre dos normas: la imperatividad para un buen número de casos, contenida en el art. 770, 4º de la Ley de enjuiciamiento civil (*Cuando hubiere hijos menores o incapacitados, se les oirá si tuvieren suficiente juicio y, en todo caso, si fueren mayores de doce años*), y la no imperatividad como regla general de la que parte el art. 92,2 del Código civil (*El Juez, cuando deba adoptar cualquier medida sobre la custodia, el*

<sup>32</sup> J. Barceló Doménech, La extinción de la pensión de separación o divorcio por convivencia marital: (de acuerdo a la Ley de 8 de julio de 2005 de reforma en materia de separación y divorcio), Valencia 2006.

*cuidado y la educación de los hijos menores, velará por el cumplimiento de su derecho a ser oídos*) En caso de conflicto entendemos que deberá prevalecer la no imperatividad, dado el interés del menor y la dicción del párrafo 4º referido, siendo anterior la norma sustantiva. La regla general, bien sea el procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo es la de restringir la audiencia o exploración de menores a los casos en que resulte necesario, necesidad que, obviamente, será mucho mas frecuente en los supuestos de proceso contencioso que en los de mutuo acuerdo. Pero el punto de partida debe de ser el mismo en ambos casos: que se aprecie su necesidad.

Dicha necesidad será el Juez quien deba constatarla. Y a este respecto y al margen de los supuestos en que disponga la exploración de oficio, lo cierto es que la adopción de esta medida no planteará problemas cuando lo pida el Fiscal o el Equipo Técnico, dado el grado de imparcialidad y profesionalidad que preside su actuación, pero habrá de extremarse la prudencia cuando sea alguno de los cónyuges quien solicite su audiencia por el peligro de que se pueda instrumentalizar al menor en el procedimiento familiar y se le haga sufrir de modo innecesario. Cuando sea el propio menor quien solicite ser oído, estamos en principio ante un derecho del menor por el cual debe velar el Juez, según determina el apartado 2 del artículo 92 del Código Civil en armonía con el artículo 9 de la Ley Orgánica de Protección del Menor; por lo tanto, en principio y por regla general, el Juez deberá acceder a tal audiencia, por más que en ocasiones se corra el peligro de que la petición del menor obedezca a la presión de uno de los cónyuges en conflicto. No obstante y para aquellos casos en que ese peligro se revele con meridiana claridad, lo conveniente será denegarla mediante resolución debidamente motivada. A este tenor, precisamente, el artículo 9 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección del menor, que recoge los términos en que debe ser entendido el derecho del menor a ser oído puntualiza en su apartado tercero que «cuando el menor solicite ser oído directamente o por medio de persona que le represente, la denegación de la audiencia será motivada y comunicada al Ministerio Fiscal y a aquéllos»<sup>33</sup>.

La Ley de enjuiciamiento civil exigía que en los procesos de familia se oyera a los menores o incapacitados si tuvieran uso de razón y en todo

33 C.Arangüena Fanego y A. Rodríguez Merino, Comentario a la Disp. Final primera de la Ley 15/2005, in: V. Guilarte Gutiérrez (Dir.), Comentarios a la reforma de la ley de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio, 2005, 353-358.



caso si fueran mayores de doce años. Pero no se hacía referencia al modo de llevar a cabo esta audiencia<sup>34</sup>.

Dispone además este nuevo párrafo que dicha exploración se llevará a cabo sin interferencias de otras personas, y recabando excepcionalmente el auxilio de especialistas cuando ello sea necesario. Con ello no hace sino recoger la mejor práctica existente sobre este punto, que pese a la falta de previsión legal venía entendiendo que dicha audiencia sólo debía llevarse a cabo en presencia del Juez y del Secretario Judicial, y eventualmente ante el Fiscal (Circular 1/2001 sobre incidencia de la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil en la intervención del Fiscal en los procesos civiles). Lo lógico es que dichas exploraciones se efectúen con intervención del Ministerio Fiscal, en cuanto que es el defensor de los intereses de los menores, sin la participación de los progenitores y letrados. En todo caso entendemos que habrá de plasmarse en el acta la opinión y consideraciones de los menores (aunque es una cuestión que ha dado lugar a criterios judiciales divergentes), si bien redactada de modo que permita respetar su derecho a la intimidad<sup>35</sup>.

Con respecto a los mayores de doce años, la omisión del trámite de audiencia, adoptándose por los progenitores una medida que les afecta tan directamente, como puede ser la referente a la guardia y custodia y al desenvolvimiento del régimen de visitas establecido en favor de los padres, así como la referente a la pensión de alimentos llega a provocar, según criterio judicial, la nulidad de actuaciones. En este sentido destaca el carácter obligatorio de la audiencia para el caso de que el menor tenga más de doce años, desde el momento en que dicha edad habilita al menor para tener un juicio merecedor de ser escuchado cuando se trata de medidas que le afecten personal o materialmente.

#### b) *Suspensión del proceso a efectos de una posible mediación*

La reforma operada en el derecho de familia facilita la solución extrajudicial de los conflictos surgidos por la crisis familiar, con. Esta posible autocomposición, viene regulada en la regla 7ª del artículo 770 de la Ley de enjuiciamiento civil, y está determinada por el acuerdo de las partes para someterse al instituto de la mediación familiar. Hoy en día la mayor

34 J. L. Seoane Spiegelberg, Incidencia procesal de las recientes reformas introducidas en el derecho de familia: aspectos procesales, in: El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005, Asociación Española de Abogados de familia, 2007, 110-117.

35 Ibid., 119.

parte de las Comunidades autónomas han llevado a cabo la regulación de este instituto<sup>36</sup>. El «documento fundacional» de la mediación familiar en Europa, es la Recomendación n.º R (98) 1, sobre Mediación Familiar, aprobada por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 21 de enero de 1998. También resulta fundamentadora la Declaración de Motivos que acompaña a dicha Recomendación, pues ha sido esencial a la hora de

<sup>36</sup> La normativa fundamental que a 31 de diciembre de 2008, regula la mediación familiar en las diferentes Comunidades autónomas son las siguientes:

CATALUÑA. Ley 9/1998, de 15 de julio, del Código de Familia de Cataluña (DOGC n.º 2.687, de 23 de julio de 1998; BOE n.º 198, de 19 de agosto). Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar (DOGC n.º 3.355, de 26 de marzo de 2001, con corrección de errores en DOGC n.º 3.548, de 8 de enero de 2002; BOE n.º 91, de 16 de abril de 2001). Decreto 139/2002, de 14 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 1/2001, de 15 de marzo, de Mediación Familiar de Cataluña (DOGC n.º 3641, de 23 de mayo de 2002; correcciones de errores en DOGC n.º 3867, de 17 de abril de 2003, y n.º 3898, de 4 de junio).

GALICIA. Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la Medición Familiar (DOG n.º 117, de 18 de junio de 2001; BOE n.º 157, de 2 de julio). Decreto 159/2003, de 31 de enero, por el que se regulan la figura del mediador familiar, el Registro de Mediadores Familiares de Galicia y el reconocimiento de la mediación gratuita (DOG n.º 34, de 18 de febrero de 2003; corrección de errores en DOG n.º 44, de 4 de marzo).

COMUNIDAD VALENCIANA. Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana (DOGV n.º 4.138, de 29 de noviembre de 2001; BOE n.º 303, de 19 de diciembre). Decreto 41/2007, de 13 de abril, por el que se desarrolla la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la Mediación Familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana (DOGV n.º 5.492, de 18 de abril de 2007).

NAVARRA. Ley Foral 22/2002, de 2 de julio, para la adopción de medidas integrales contra la violencia sexista de Navarra (BON n.º 84, de 12 de julio de 2002; BOE n.º 199, de 20 de agosto).

CANARIAS. Ley 15/2003, de 8 de abril, de la Mediación Familiar (BOC n.º 85, de 6 de mayo de 2003; BOE n.º 134, de 5 de junio). Decreto 144/2007, de 24 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de la Mediación Familiar (BOC n.º 114, de 8 de junio de 2007).

CASTILLA-LA MANCHA. Ley 4/2005, de 24 de mayo, del Servicio Social Especializado de Mediación Familiar (DOCM n.º 111, de 3 de junio de 2005; BOE n.º 203, de 25 de agosto).

CASTILLA Y LEÓN. Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar (BOCL n.º 75, suplemento, de 18 de abril de 2006; BOE n.º 105, de 3 de mayo, con corrección de errores en BOE n.º 135, de 7 de junio). Decreto 50/2007, de 17 de mayo, por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley 1/2006, de 6 de abril, de Mediación Familiar (BOCL n.º 99, de 23 de mayo de 2007).

ISLAS BALEARES. Ley 18/2006, de 22 de noviembre, de Mediación Familiar (BOIB n.º 169, de 30 de noviembre de 2006; BOE n.º 303, de 20 de diciembre).

LA RIOJA. Decreto 2/2007, de 26 de enero, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar (BOR n.º 14, de 30 de enero de 2007).

MADRID. Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar (BOCM n.º 54, de 5 de marzo de 2007; BOE n.º 153, de 27 de junio).

ASTURIAS. Ley 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación Familiar (BOPA n.º 81, de 9 de abril de 2007; BOE n.º 170, de 17 de julio). Decreto 93/2005, de 2 de septiembre, por el que se regulan los Puntos de Encuentro Familiar (BOPA n.º 214, de 15 de septiembre de 2005).

PAÍS VASCO Ley 1/2008, de 8 de febrero, de Mediación Familiar para la Comunidad Autónoma del País Vasco (BOPV n.º 2008034, de 18/02/2008).

El 5 de septiembre de 2008 el Boletín Oficial del Parlamento de Andalucía publicó el Proyecto de Ley reguladora de la Mediación Familiar en Andalucía.

desarrollar las disposiciones nacionales sobre la materia. También resulta un antecedente importante la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre mediación en asuntos civiles y mercantiles<sup>37</sup>.

En este punto, el acuerdo al que las partes han llegado afecta a dos cuestiones. Por un lado, y con carácter previo, a la relativa a someterse a mediación familiar para llegar a una solución consensuada de los temas objeto de litigio, acuerdo en el que es posible que las partes hayan llegado incluso como consecuencia de la intervención judicial. Y por otro lado al acuerdo, posterior y lógico, de suspender el curso del proceso para llevar a efecto el acto de mediación.

Nada dice la regla 7ª del artículo 770 acerca del momento en el que las partes pueden plantear la petición de suspensión, si bien en la Exposición de Motivos se dice que «en cualquier momento», por lo que es criticable que no se haya incluido en el texto legal la expresión recogida por el legislador en la Exposición de Motivos. Ahora bien, parece lógico que el momento adecuado sea cuando las partes hayan planteado sus pretensiones, y en concreto las cuestiones que afecten a las medidas solicitadas por cada una de ellas. Lo normal es que tenga lugar en el acto de la vista, o bien con anterioridad a ésta, una vez planteadas la demanda y contestación, y en su caso reconvenición, o incluso dentro del término para contestar a la demanda y antes de contestar dicho trámite el demandado. Pero nada impide que la petición tenga lugar una vez concluido el trámite de vista, y estando el proceso pendiente de sentencia.

Planteadas la suspensión en los términos indicados, la regla que comentamos se remite al artículo 19.4 de la LEC que afirma que «*Asimismo, las partes podrán solicitar la suspensión del proceso, que será acordada, mediante auto, por el tribunal, siempre que no perjudique al interés general o a tercero y que el plazo de suspensión no supere los sesenta días*».

La petición de suspensión del proceso, a los efectos del sometimiento a la mediación familiar, puede plantearse por escrito, ya sea conjunto o separado de ambas partes, por comparecencia *apud acta* o en su caso, y si la petición se plantease en el acto de la vista, de forma oral. Formalizada la petición de suspensión, deberá ser acordada por el Juzgado por resolución en forma de auto, si tenemos en cuenta el tenor del artículo 19.4 de la LEC. Si la petición se hiciese en el acto de la vista, podría dictarse resolución oral, conforme a lo previsto en el artículo 210.1 de la LEC.

37 J. P. Ortuño Muñoz, Perspectivas de regulación de la mediación en la Unión Europea, in: Trabajo social hoy, Nº. Extra 1, 2005 (Ejemplar dedicado a: El Trabajo Social y la Mediación) , 73-84.

El efecto fundamental de la suspensión, una vez haya sido acordada por el Juzgado, es el de interrumpir la actuación procesal en la que tiene lugar la petición de suspensión, estando pendiente la tramitación del proceso de la actividad mediadora que se lleve a efecto<sup>38</sup>.

Debe distinguirse, no obstante, entre la petición de suspensión, que como hemos dicho tiene como efecto inmediato el de la suspensión del curso del proceso, del acuerdo formal de sometimiento a mediación familiar, que tiene como efecto el que las partes acudan a dicho procedimiento de mediación para intentar llegar a una solución consensuada en los temas objeto de litigio<sup>39</sup>.

### c) *Tramitación de la modificación de medidas definitivas*

El art. 775 de la Ley de Enjuiciamiento civil en la redacción dada por la reforma de 2005 señala en materia de modificación de medidas definitivas que:

«1. El Ministerio Fiscal, habiendo hijos menores o incapacitados y, en todo caso, los cónyuges podrán solicitar del tribunal la modificación de las medidas convenidas por los cónyuges o de las adoptadas en defecto de acuerdo, siempre que hayan variado sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta al aprobarlas o acordarlas.

2. Estas peticiones se tramitarán conforme a lo dispuesto en el artículo 770. No obstante, si la petición se hiciera por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y acompañando propuesta de convenio regulador, regirá el procedimiento establecido en el artículo 777.

3. *Las partes podrán solicitar, en la demanda o en la contestación, la modificación provisional de las medidas definitivas concedidas en un pleito anterior. Esta petición se sustanciará con arreglo a lo previsto en el artículo 773».*

De este modo, y en cuanto a la solicitud de modificación de medidas, el escrito deberá tener forma de demanda, no ya porque así lo exija con carácter general en el apartado 1 del artículo 770, sino porque se trata de pedir la modificación de una resolución judicial. De dicho escrito de demanda deberá acompañarse copia para el otro cónyuge y, en su caso,

38 J. P. Ortuño Muñoz, La mediación familiar, in: Cuadernos de derecho judicial, 24, 2005, 70-75.

39 J. P. Ortuño Muñoz, El «dictamen de especialistas» como prueba pericial «sui generis» en el Derecho de Familia y la mediación, Poder Judicial 37, 1995, 209-212.

Ministerio Fiscal, así como copia de los documentos que se estimen necesarios. En dicho escrito de demanda habrá de identificarse la persona que solicita el cambio de medidas, haciendo referencia a que sus circunstancias ya constan en el proceso anterior, aunque confirmando el domicilio actual. También deberá figurar el nombre del Procurador, sin necesidad de aportar poder si es el mismo anterior, o aportando tal documento o solicitando el apoderamiento *apud acta* al amparo del artículo 24 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el caso de que sea otro. Igualmente, habrá de identificarse la persona contra la que dirige la demanda si bien, es claro, que como ambas partes ya están perfectamente identificadas en el procedimiento principal, será posible el empleo de una fórmula general que aluda a las mismas partes que ya han sido identificadas en el proceso inicial.

En el escrito habrá de hacerse referencia en primer término a las medidas que se trata de modificar, para lo cual será necesario aportar el testimonio de la sentencia dictada acordando la separación o el divorcio y, en su caso, el texto íntegro del convenio regulador con sus adiciones o modificaciones posteriores, o las medidas definitivas que se hayan adoptado conforme establece el artículo 774 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Además, y en segundo término, habrán de recogerse los hechos *posteriores* que motivan la solicitud de cambio de las medidas, cuidando especialmente de respetar la finalidad a que obedece la existencia de este trámite de modificación de tal modo que los hechos en que se base la demanda deberán

Tales hechos podrán ser muy variados y obedecer a la modificación de las circunstancias económicas, a haberse alcanzado la mayoría de edad de los hijos o su emancipación, aumento o disminución de los ingresos del progenitor conviviente, aumento en las necesidades de los hijos, falta de convivencia con el hijo, existencia de circunstancias de muy diversa índole que, en función de su gravedad, puedan justificar una petición de privación de la patria potestad (v. gr. drogodependencia, alteraciones psíquicas, incumplimiento de las obligaciones de paternidad, condena penal), o bien una modificación de la guarda y custodia de los hijos o una mera modificación del régimen de visitas.

Pueden ser objeto de petición de modificación, entre otros, las medidas relativas al cambio del cónyuge custodio de los hijos menores de edad, la modificación de una previa guarda y custodia compartida a una guarda y custodia exclusiva, la determinación del cónyuge que ha de seguir utilizando la vivienda familiar, la variación en el uso de la vivienda (v. gr. poder arrendarla si es de propiedad de los cónyuges, modificación —*cuanto* a los pagos ordinarios o extraordinarios de la misma, etcétera); modificación de

la cuantía señalada para alimentos de los hijos menores de edad o incapacitados y aun de los mayores no independizados económicamente, la modificación de la cuantía o, en su caso, supresión de la pensión compensatoria, el señalamiento de los bienes gananciales que deben entregarse a cada cónyuge, así como, de los bienes propios afectos a las cargas de matrimonio, la administración de los bienes gananciales hasta que se produzca la liquidación de la citada sociedad legal.

Obsérvese, con relación a este último extremo, cómo la nueva redacción recibida por el artículo 775.2 que estamos comentando permite hacer encajar perfectamente la previsión contenida en el apartado 3 relativo a la petición de modificación provisional de las medidas definitivas. Es perfectamente factible, como acabamos de señalar, que junto con la demanda o la contestación a la demanda contenciosa de modificación de medidas definitivas se soliciten medidas provisionales para modificar provisionalmente y en tanto se sustancia el procedimiento de modificación de medidas, las medidas que estuviesen.

Posteriormente se celebrará una vista oral a la que serán citados los cónyuges y, en su caso, el Ministerio Fiscal una vez contestada la demanda o, en su caso, la reconvenición de haberse formulado ésta por el cónyuge demandado, con los apercibimientos que se recogen en el artículo 770.3. Será el momento idóneo para la práctica de la prueba propuesta por las partes, sin perjuicio de que respecto de aquellas cuya práctica no sea posible en ese acto, se lleven a cabo dentro del plazo que el tribunal señale, que no podrá exceder de treinta días.

Por otro lado, y derivado del hecho de ser preceptiva la asistencia de las partes al acto de la vista y de los efectos que se anudan a la incomparecencia de una de ellas sin justa causa, siempre que la citación se hubiere efectuado con los apercibimientos prevenidos en el artículo 770.3, debe tenerse en cuenta que el cónyuge demandado que incumpla con el deber legal de asistencia se encontrará con que los hechos alegados por el cónyuge demandante que estén en la base de la petición de modificación de medidas definitivas siempre que éstas sean de carácter patrimonial *se considerarán admitidos* a tenor de lo que prevé la citada regla 3ª del artículo 770.

Finalmente, ha de señalarse que será una sentencia la resolución que ponga fin a este proceso de modificación de medidas, sentencia que, por aplicación de la norma general en materia de recursos contenida en el artículo 455.1 será apelable en el plazo de cinco días. Se pone fin, de este modo igualmente, a la problemática que se planteaba con la anterior remisión se hacía al artículo 771 cuyo procedimiento concluía por medio de

auto irrecurable y que tantas dudas e interpretaciones diversas había despertado<sup>40</sup>.

En los casos de mutuo acuerdo, la reforma corrige la equívoca mención que antes se efectuaba «al artículo siguiente» y, en consecuencia, de manera más o menos directa al artículo 776. Había una generalizada coincidencia en entender que tal mención al «artículo siguiente» no era sino un error fruto de la imprevisión del legislador ante las modificaciones introducidas en la tramitación parlamentaria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y que el procedimiento a seguir era el previsto en el artículo 777<sup>41</sup>. Que se trataba claramente de un mero error de remisión se deducía con una simple lectura del «artículo siguiente», dedicado a la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas. La causa del error no fue otra que la introducción de un nuevo artículo que no figuraba en el texto del proyecto de ley, sino que fue introducido en el informe de la ponencia al incorporarse un texto transaccional a las enmiendas 678 y 607 (parcialmente) presentadas por el Grupo Socialista y el olvido del legislador de modificar el texto. Subsanao el error, la nueva redacción del artículo 775 determina con claridad como trámite a seguir cuando la modificación de las medidas definitivas es solicitada por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro el del artículo 777, y ello independientemente del origen o del procedimiento en el cual se adoptaron.

Se acude, por tanto, al procedimiento establecido para el conocimiento de las demandas de separación y divorcio consensuales que, por su específica naturaleza, se adapta perfectamente a una petición como ésta, también proveniente del acuerdo de los cónyuges. Se está en presencia de una petición consensuada y deberá ser ratificada a presencia judicial para posteriormente ser sancionada por medio del auto correspondiente que se dicte<sup>42</sup>.

## CONCLUSIÓN

Hemos querido llevar a cabo una exposición de aspectos relevantes de la reforma que se ha producido en el año 2005 en materia de separa-

40 C. Arangüena Fanego y A. Rodríguez Merino, Comentario a la Disp. Final primera de la Ley 15/2005, in: V. Guilarte Gutiérrez (Dir.), Comentarios a la reforma de la ley de la separación y el divorcio. Ley 15/2005, de 8 de julio, 371-377.

41 J. L. Seoane Spiegelberg, Incidencia procesal de las recientes reformas introducidas en el derecho de familia: aspectos procesales, in: El derecho de familia tras las reformas legislativas del año 2005, Asociación Española de Abogados de familia, 2007, 102-107.

42 C. Arangüena Fanego y A. Rodríguez Merino, op. cit., 378-79.

ción y divorcio. Como ya indicamos al principio la complejidad de los procesos de familia va en aumento. Se busca mejorar las técnicas jurídicas y los medios a disposición de los interesados, pero continúa la inseguridad en la propuesta y aplicación de criterios por parte de los Juzgados y de las diferentes Audiencias provinciales. Si bien es cierto que cada asunto requiere de una respuesta individualizada y que la legislación ha de ser flexible y permitir tal respuesta, no es menos cierto que la reforma llevada a cabo en aspectos puntuales resulta a todas luces insuficiente pues no resuelve problemas habituales. De otra parte los criterios variados, con la subsiguiente inseguridad jurídica, siguen siendo el denominador común de los procesos.

El motivo fundamental de la reforma operada no fue otro que permitir hasta límites desconocidos la separación y divorcio. Simultáneamente, pero no como algo necesariamente derivado de tal postura sobre la separación y el divorcio (excepto en el caso de la pensión compensatoria), se llevaron a cabo otras reformas como las de la guarda y custodia compartida, la audiencia de los menores, el fomento de la mediación familiar, y también la concreción del cauce adecuado para modificación de las medidas adoptadas. El alcance de esta reforma habrá de ser tenido en cuenta principalmente a la hora de comprender las resoluciones y las medidas dictadas en materia de separación y de divorcio a partir de julio de 2005.

Raúl Román Sánchez

Universidad Pontificia de Salamanca