

ANALES DE DERECHO. Universidad de Murcia. Número 23 2005. Págs.129-142

LA MODIFICACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO POR LA LEY 15/2005, DE 8 DE JULIO.

PROF. DR. ÁNGEL SÁNCHEZ HERNÁNDEZ
Catedrático de Derecho Civil
Universidad de La Rioja

El artículo 32 de la Constitución Española de 1978, contiene un mandato al legislador para que regule los derechos y deberes de los cónyuges con plena igualdad jurídica, así como las causas de separación, las de disolución del matrimonio y sus efectos. A tal fin, la Ley habría de tener en consideración que el derecho a contraer matrimonio se configura como un derecho constitucional (SENTENCIAS DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL 184/1990, de 15 de noviembre y 29, 30, 31, 35 y 38/1991, de 14 de febrero), cuyo ejercicio no podía afectar, ni menoscabar la posición jurídica de ninguno de los esposos, dando lugar a una relación jurídica disoluble por las causas que la ley dispusiera. Siguiendo este planteamiento se elaboró y aprobó la Ley 30/1981, de 7 de julio, de modificación de la regulación del matrimonio en el Código Civil, estableciendo el procedimiento seguido en las causas de nulidad, separación y divorcio.

I.- LA LEY 30/1981, DE 7 DE JULIO POR LA QUE SE MODIFICA LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL Y SE DETERMINA EL PROCEDIMIENTO A SEGUIR EN LAS CAUSAS DE NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

Dentro de la situación de crisis matrimonial se distinguen tres supuestos: la nulidad, la separación y el divorcio. Entre estas tres figuras existen diferencias y por ende cada una cuenta con su correspondiente régimen jurídico. Precisamente el correspondiente a la separación y al divorcio antes de su recientemente modificación por la Ley 15/2005, de 8 de julio, lo expongo sucintamente a continuación.

I.1.- LA SEPARACIÓN MATRIMONIAL

A diferencia de la nulidad y del divorcio, mantiene el vínculo existente entre los cónyuges y provoca únicamente “la suspensión de la vida en común de los casados (artículo 83 CC). Tiene lugar mediante sentencia judicial, si bien también tiene relevancia normativa la separación de hecho.

La separación no suele durar largo tiempo. Suele ser una situación transitoria con vistas bien a una reconciliación o bien para divorciarse, que es lo más frecuente, dado que alguno o ambos cónyuges deciden contraer nuevo matrimonio. No obstante hay casos en que la separación dura toda la vida bien porque los cónyuges deciden vivir en solitario o convivir en una situación de pareja de hecho.

La separación legal es la que encuentra su fundamento en los supuestos que el Código Civil considera aptos para que la misma sea decretada judicialmente. Las circunstancias que el Código Civil determina se concentran en una separación por mutuo acuerdo o bien en la relación de causas enumeradas en el artículo 82 del Código Civil.

I.1.1.- La separación de mutuo acuerdo (separación consensual) estaba prevista en el apartado primero del artículo 81: Se decretará judicialmente la separación , cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio “*a petición da ambas cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurrido el primer año del matrimonio. Deberá necesariamente acompañarse a la demanda la propuesta del convenio regulador de la separación, conforme a los artículos 90 y 103 de este Código*”. El artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del años 2000 regula las peticiones de separación y divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

Cumplidos los requisitos señalados en el apartado primero del artículo 81, el juez, quien carece de facultades para entrar a valorar la conveniencia o inconveniencia de la separación, decretará la separación, homologando el acuerdo de los propios interesados en el que resuelven los problemas de la ruptura de la convivencia. Los cónyuges, truncado el proyecto de vida en común, no tienen que alegar ante el juez la causa que les lleva a adoptar la decisión de demandar la separación, puesto que cuentan con libertad para decidir acerca de su vida.

I.1.2.- La separación causal presupone que la declaración judicial de separación se insta por uno sólo de los cónyuges ante el hecho de que el otro se encuentra “incurso en causa legal de separación” –apartado segundo del artículo 81-, sin que ello suponga referirse a la culpabilidad en la separación de uno de los cónyuges. En siete apartados – numerus clausus -el artículo 82 enumera las causas de separación o supuestos de hecho –situaciones o actos- en que ha incurrido el cónyuge y que se

LAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN... 131

concretan en : 1º- violación de los deberes conyugales –art. 82.1- ,2º- vulneración de los deberes paternos –art. 82.2-, 3º- la condena penal –art. 82.3-,4º- los trastornos de la conducta personal – art. 82.4- 5º- el cese efectivo de la convivencia conyugal durante seis meses (separación de hecho) libremente consentido -art. 82.5-, o 6º- simplemente durante tres años –art. 82.6-, y 7º- así como la separación de hecho presupuesto de las causas de divorcio en los términos revistos en los números 3º,4º y 5º del art. 86 del Código Civil.

I.2.- EL DIVORCIO.

Según el artículo 85 del Código Civil, *el matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.*

Por tanto, el divorcio provoca la ineficacia del matrimonio válido y eficaz. Los cónyuges ponen fin a su matrimonio a través de un procedimiento judicial y la correspondiente sentencia. La mera voluntad de los cónyuges no basta para producir la disolución del matrimonio, sino que se requiere en todo caso que el divorcio sea declarado por una sentencia judicial y que la iniciativa de los cónyuges se asiente en una de las causas de divorcio legalmente establecidos en el artículo 86 del Código Civil¹, las cuales se fundan en el hecho de que el cese efectivo de la convivencia conyugal, bien porque se da por frustrado el matrimonio (divorcio remedio), bien porque se han contravenido los deberes conyugales (divorcio sanción), o bien cabe hablar de un divorcio de mutuo acuerdo cuando se ha instado por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro. El artículo 777 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del año 2000, regula las peticiones de separación y divorcio presentadas de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro.

El derogado artículo 86 enumera en cinco apartados las circunstancias o hechos a los que se otorga relevancia suficiente para admitir la demanda de divorcio. Una referencia común todos ellos – con excepción del apartado quinto, condena penal en sentencia firme por atentar contra la vida del cónyuge, sus ascendientes o descendientes-, es el *cese efectivo de la convivencia conyugal* y el

¹ Se ha considerado que el sistema de causas que consagra el Código civil en su artículo 86, pudiera atentar contra el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, al imponer a las personas trabas que les impiden disolver su matrimonio, obligándoles a contener su vínculo durante un periodo de tiempo – que pudiera llegar a ser de hasta cinco años-, lo que resulta especialmente grave en el caso de que alguno de los cónyuges aspire a contraer nuevo matrimonio, decisión que se verá aplazada en el tiempo obstaculizándose la libertad de la persona. Vide en este sentido RUIZ-RICO RUIZ, J.M. y CASADO CASADO, B., *Las uniones de hecho no matrimoniales*, Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, nº 685, septiembre-octubre 2004, pp. 2332.

establecimiento de un determinado *plazo temporal* para cada una de las causas que se desgranar, in crescendo, desde un año a los cinco años ininterrumpidos. Por ende, no cabe instar el divorcio de forma inmediata ni siquiera en el caso de que los cónyuges estén decididos a ello inmediatamente después de celebrado el matrimonio o pasado un periodo temporal breve respecto de la celebración.

I.3.- CRITICAS A LA REGULACIÓN DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

La regulación expuesta del Código Civil en materia de separación y divorcio ha sido objeto de críticas y en base a ellas se ha defendido su reforma.

En primer lugar, se ha escrito que con la ley 30/1981 la duración de los procesos de separación y divorcio, lejos de resolver la situación de crisis matrimonial, agravan la convivencia conyugal cuando es patente su quiebra y la voluntad de los cónyuges de separarse o divorciarse.

La Ley 30/1981 concebía el divorcio, vinculado a una causa prevista legalmente, y como el último recurso al que podían acogerse los cónyuges y sólo cuando era evidente que tras un dilatado periodo de separación, su reconciliación ya no era factible. Se exigía el cese efectivo de la convivencia conyugal o de la violación grave o reiterada de los deberes conyugales. De esta forma, la ley no ofrecía otra opción a los esposos que continuar públicamente en la desunión o bien reconciliarse, sin que el matrimonio pudiera disolverse como consecuencia de un acuerdo de los consortes en este sentido. Se dice que es inútil sacrificar la voluntad de los cónyuges demorando la disolución del matrimonio, exigiendo una separación – judicial o de hecho – previa al divorcio, proponiéndose el acceso directo al divorcio (Exposición de Motivos la Ley 15/2005, de 8 de julio).

Por todo ello, es intensa la crítica al sistema casualizado (asentado en las causas previstas en el artículo 82 y 86 del Código Civil), que se imponía por la Ley 30/1981 a los cónyuges que quisieran separarse o divorciarse, y que no admitía que cualquiera de los cónyuges unilateralmente – esto es sobre la base de su propia voluntad- pueda instar la separación o el divorcio del otro cónyuge.

En segundo lugar, se ha puesto de manifiesto disfunciones en las separaciones contenciosas, al plantearse problemas en el momento de acreditar la causa alegada por el actor. La jurisprudencia reaccionó admitiendo como causa de separación y de divorcio la desaparición del “affectio maritales” –esto es, la pérdida del afecto existente al contraer el matrimonio y la extinción del deseo de los cónyuges de continuar en convivencia-.

En base, fundamentalmente, a estas críticas, el legislador ha considerado esta regulación – esto es los preceptos aludidos de la Ley 30/1981- como inadecuada a los tiempos, siendo necesario a su juicio, reformar la susodicha

LAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN... 133

regulación que ha devenido inadecuada en el transcurso del tiempo, tanto por sus insuficiencias, como por los problemas originados en su aplicación.

Así se ha aprobó y ha entrado en vigor la Ley 15/2005, por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio. La nueva Ley se ocupa, en primer lugar de la reforma del sistema diseñado para afrontar las crisis conyugales instaurado en España por la Ley 30/1981, de 7 de julio².

En segundo lugar, la reforma se ocupa de determinadas cuestiones que afectan a la patria potestad, guarda y custodia de los hijos menores e incapacitados. En tercer lugar, la Ley 15/2005, da una nueva redacción al artículo 97 del Código Civil afectando a la pensión compensatoria.

Por último, la nueva Ley modifica la regulación de los derechos legitimarios del cónyuge viudo modificando los artículos 834, 835, 840 y 945 del Código Civil y suprimiendo el párrafo segundo del artículo 837 del mismo texto legal.

II.- PRINCIPALES NOVEDADES DE LA LEY 15/2005, POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

En la nueva regulación (da nueva redacción a los artículos 81, 84 y 86 del Código Civil, y deja sin contenido el artículo 82 regulador de las causas legales de separación y el artículo 87, relativo al cese efectivo de la convivencia conyugal), continúa contemplándose dos modalidades de separación y divorcio: la consensual y la contenciosa.

La separación y el divorcio se conciben por el legislador como dos opciones a las que los cónyuges pueden acudir para remediar las vicisitudes de su convivencia marital o de la ausencia de vida en común. Continuar conviviendo o cesar en la misma dependerá de la voluntad constante de uno y otro cónyuge.

II.1.-LA SEPARACIÓN JUDICIAL.

Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, según el artículo 81:

1º.- Separación judicial consensual.

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

² Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil, determinando el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio.

acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código.

2º.- Separación contenciosa.

A petición de uno sólo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo par 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 una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

En el futuro, la separación judicial quedará para aquellos cónyuges que quieran ver en ella una salida a sus desavenencias personales y que pretendan el mantenimiento del vínculo matrimonial bajo sus inherentes efectos, quizá pensando en una reconciliación no descartada ab initio.

II.2- EL DIVORCIO.

La gran novedad de la reforma consiste admisión de la disolución del matrimonio sin que deba acudirse con anterioridad a una separación, que queda como una figura autónoma para el caso de que los cónyuges decidan –por las razones personales que sean-, optar por ella.

En este sentido se expresa el legislador en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005: “basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales.”

El ejercicio del derecho de un cónyuge a no continuar casado, no dependerá ni de la demostración de la concurrencia de causa alguna, ni tampoco de una previa separación de los cónyuges. Admitiéndose, como lo hace la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, el divorcio sin necesidad de previa separación –de hecho o judicial-, los todavía cónyuges se ahorran no sólo costes económicos, sino también y quizá sea lo más importante disgustos personales.

Así, el artículo 86, establece 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 exigidas en el artículo 81”, del Código Civil.

Por tanto, se contempla :

1º.- El divorcio consensuado:

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.

2º.- Divorcio contencioso:

A petición de uno sólo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo por 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 una propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados del divorcio.

II.3- SUPRESIÓN DE LAS CAUSAS DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO.

Se suprimen las diversas causas de separación contenciosa (artículo 82 del Código Civil, precepto que queda sin contenido) y de divorcio (artículo 86 del Código Civil). Eliminado el sistema de causas, los cónyuges pueden acceder a la separación o al divorcio por la propia voluntad conjunta (de ambos cónyuges, o de uno con el consentimiento del otro) o unilateral (de cualquiera de los cónyuges).

El juez, previa solicitud de parte interesada y sin que ésta necesite alegar causa alguna, declarará la separación o el divorcio, siempre que concurran ciertos requisitos complementarios: el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio y la presentación de una propuesta de convenio regulador en el caso de tratarse de un procedimiento consensual, o una propuesta de medidas, en caso de serlo contencioso (artículo 81 y 86 del Código Civil).

Con la eliminación del sistema de causas para que los cónyuges accedan a la separación y al divorcio, se pretende,- según la propia Exposición de Motivos de la Ley 15/2005-, que la libertad tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio, siendo cauce a través del cual los ciudadanos pueden desarrollar su personalidad. Precisamente, ampliando el ámbito de libertad de los cónyuges (se reconoce mayor trascendencia a la voluntad individual de cualquiera de ellos de no seguir con la convivencia marital -separación judicial- o romper el vínculo matrimonial -divorcio-), se respeta el libre desarrollo de la personalidad (recogida en el artículo 10.1 de la Constitución de 1978).

El divorcio no dependerá de la demostración de que concurre causa alguna, ni tampoco de una previa separación ineludible, sólo dependerá de la voluntad expresa de uno o de los dos contrayentes. Se pretende que, sin someter a los cónyuges a casuismo alguno y sin más condicionamiento que el dato objetivo del transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, los cónyuges tengan la libertad de acceso a la separación judicial o al divorcio.

El simple hecho de que un cónyuge acuda a los tribunales formulando una demanda frente a otro, revela la ausencia de cariño o afecto marital, siendo causa suficiente para justificar la separación judicial o el divorcio. Se consagra pues, el libre desistimiento como causa de disolución del matrimonio. En realidad, ese libre desistimiento tiene como causa directa y última de la disolución del matrimonio, el que éste está irreparablemente roto por divergencias irreconciliables entre los cónyuges.

Si el matrimonio es válido, si ha sido libremente consentido por las partes, y no se puede obligar a nadie a contraer matrimonio contra su voluntad, a nadie se le podrá obligar a permanecer en dicho estado (casado) contra su propia voluntad, entonces, cuando cesa el consentimiento- de ambos cónyuges o de uno de ellos, esencia del negocio jurídico matrimonial- , podrá disolverse el matrimonio, garantizándose así, según la reforma legal, la libertad personal y consiguientemente el libre desarrollo de la personalidad.

II.4.- EL REQUISITO TEMPORAL MÍNIMO DE TRES MESES DESDE LA CELEBRACIÓN DEL MATRIMONIO PARA PODER INSTAR LA SEPARACIÓN O EL DIVORCIO.

La separación judicial y divorcio puede acontecer por voluntad unilateral de uno de los cónyuges³, tras perderse entre los cónyuges o en alguno de ellos, la afectividad y confianza recíproca que les llevó al vínculo matrimonial, una vez transcurrido el periodo mínimo de tres meses (artículos 81 y 86 del Código Civil) desde la celebración del matrimonio.

El requisito temporal, puede entenderse como un periodo de reflexión sobre la posibilidad de salvar su matrimonio (reconciliándose) o bien sobre las repercusiones que su decisión pueda comportar puesto que afecta a terceros- vg. sus hijos-.

³ El matrimonio precisa de un acuerdo de voluntades entre las partes contrayentes – artículo 45 del Código Civil- , aún cuando el contenido y efectos sobre el que recae dicho consentimiento está en buena medida regulado por normas imperativas (ius cogens). Siendo como es el matrimonio un contrato sinalagmático, cabe su disolución por la voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges. Aún cuando no sea habitual, existen en nuestro ordenamiento jurídico supuestos en que se admite la facultad de desistimiento unilateral obligacional. Concretamente, determinados contratos basados en una relación de confianza entre las partes (intuitu personae) permite a cualquiera de los contratantes revocar unilateralmente el contrato sin necesidad de invocar una causa, es decir, sin necesidad de incumplimiento por la parte contraria de sus obligaciones contractuales. Así vg. los artículos 1732.1 y 2 y 1733 referidos a la revocación del mandato, o los artículos 1705 y 1706 que contemplan como causa de extinción de la sociedad, la voluntad de cualquiera de los socios , la “renuncia”, una especie de extinción de la relación obligatoria por la voluntad unilateral de una de las partes. Sobre el particular vide a DÍEZ- PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, *Sistema de Derecho Civil*, Vol. II, 9ª. Edc. Madrid, 2001, p. 476

Sin embargo, como excepción a este requisito temporal, no será preciso el transcurso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio para interponer la demanda de separación o de divorcio⁴ “cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad moral o libertad e intimidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio” (artículo 81 y 86 del Código Civil)⁵.

Por tanto, para poder separarse o divorciarse antes de los tres meses desde la celebración del matrimonio hay que esgrimir un conflicto que sirva de base para interponer la demanda a que alude el artículo 81 del Código Civil. Será entonces el interés de los hijos o del cónyuge demandante el que justificará la supresión o disolución de la convivencia con antelación a ese plazo.

Es dispensable ese requisito objetivo temporal por entenderse que en las circunstancias señaladas, se impone el remedio del interrupción de la convivencia conyugal en aras del interés de la familia, de los hijos que convivan con los cónyuges, presumiéndose iure et de iure que dicho interés concurre en los casos de denuncia por malos tratos interpuesta por uno sólo de los cónyuges frente al otro, o sobre los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.

III.- CRÍTICA A LA NUEVA 15/2005 POR LA QUE SE MODIFICA EL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN Y DIVORCIO .

El matrimonio es una relación cuyo fin principal es el establecimiento de una comunidad de vida entre los cónyuges, lo cual sólo puede darse si existe “affectio maritalis”. Si el matrimonio entra en crisis -la vida en común no es posible-, en beneficio de los propios cónyuges, resulta necesario disponer de remedios adecuados para poner fin al matrimonio. Existiendo acuerdo entre los dos cónyuges, debe facilitarse el camino a la ruptura del vínculo y eso es lo que posibilita el artículo 86 del Código Civil.

4 El dato objetivo, que supone el transcurso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio, para algunos se encuentra inmotivado y abogan por su supresión, ya que “no existen razones que impidan cuestionar judicialmente la ruptura del matrimonio y sus consecuencias antes de transcurridos tres meses desde su celebración.” Vide CAÑETE QUESADA, A., *El anteproyecto de Ley por el que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio*, Diario La Ley, nº 6140, del 2 de diciembre de 2004, pp. 2 y 3.

5 En este supuesto, habrá que tener presente lo dispuesto en el artículo 87.2 letra b de la Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, que atribuye a los juzgados de violencia sobre la mujer competencias para conocer de las causas de separación, divorcio y nulidad, en los casos en que la mujer fuese víctima de malos tratos o violencia doméstica (a los que se refiere algunos de los supuestos previstos en el artículo 81 del Código Civil), siempre que se haya interpuesto la correspondiente denuncia que haya originado una orden de

III.1- CONVENIO REGULADOR DE LA FUTURA RELACIÓN MATRIMONIAL.

Sabemos que el matrimonio es cosa de dos, y son dos las personas que han decidido libre y voluntariamente cambiar su estado civil. Sin embargo, el artículo 86 de nuestro Código Civil permite que la decisión unilateral de uno de los cónyuges sobre la disolución del matrimonio vincule irremediamente al otro, olvidando que éste pueda no tener la misma intención de romper el vínculo, recientemente contraído (apenas ha transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio), y que así se verá sin medio alguno de oponerse a dicha ruptura, puesto que como reza en el propia Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, “basta con que uno de los cónyuges no desee su continuación (del matrimonio) para que pueda demandar el divorcio sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales”. En este contexto puede ocurrir que el cónyuge demandante puede dejar al otro, en una situación muy delicada, siempre que éste no sea de la misma opinión que el actor.

Por consiguiente, ante los posibles cambios de parecer de uno de los cónyuges de forma repentina y prematura, convendrá en todo caso que junto a la manifestación del deseo de contraer matrimonio se firme un convenio que regule la futura relación matrimonial donde conste lo previsto por las partes para el supuesto en el que una de ellas decidiera poner fin a la convivencia, dentro del marco del artículo 1333 del Código Civil.

III.2.- ¿ DEBERÍA ESTABLECERSE LA OBLIGACIÓN DE RESARCIR CUANDO UN CONYUGE DECIDE , UNILATERALMENTE Y SIN RAZÓN JUSTIFICADA, ROMPER EL VÍNCULO MATRIMONIAL?

El artículo 43 del Código Civil regula el incumplimiento sin causa de la promesa cierta de matrimonio hecha por persona mayor de edad o por menor emancipado, y contempla la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio prometido.

¿ Sería necesario regular expresamente la obligación de resarcir a la otra parte de los gastos hechos y las obligaciones contraídas en consideración al matrimonio, en el caso de que uno de los cónyuges decida terminar con el matrimonio, sin razón justificada, equiparando así los perjuicios a uno de los consortes, sino antes, inmediatamente después de haber contraído matrimonio?. ¿Cómo compensar a un cónyuge de buena fe en el caso de que el otro unilateralmente de forma repentina y prematura, sin razón justificada, decide a los tres meses de la celebración del matrimonio que no quiere estar casado?

Si se regula expresamente la obligación de resarcir a una persona por no cumplir la promesa de matrimonio, por todos los gastos y obligaciones contraídas

por tal motivo, debería establecerse una obligación de igual naturaleza al cónyuge que decide, de forma unilateral y sin razón justificada, romper el vínculo matrimonial de una forma repentina y precipitada apenas transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No obstante, esta cuestión puede tener una salida a través de la nueva regulación de la pensión compensatoria .

III.3. LA PENSIÓN COMPENSATORIA.

Se ha señalado, con razón, que uno de los elementos constitutivos del matrimonio es el que se refiere a la permanencia, estabilidad - que no indisolubilidad-, de la unión en el sentido de vocación de futuro del matrimonio⁶. En este sentido, el matrimonio supone tomar muchas decisiones trascendentes para en la vida como por ejemplo las relativas a cambios de trabajo, traslados, inversiones – vivienda, vehículo,-personales- tener hijos,- que una vez tomadas, algunas no tienen marcha atrás. ¿Qué ocurre si después de tomadas estas decisiones acontece la separación o el divorcio generando un empeoramiento económico respecto de la situación en que se encontraba un cónyuge en su matrimonio, al producirse un desequilibrio en relación con la posición del otro?

En estos supuestos el artículo 97 del Código Civil, en su nueva redacción dada por la Ley 15/2005, establece que “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 continuación el precepto señala las circunstancias que ha de tener en cuenta el Juez, para determinar su importe en sentencia, si hubiese falta de acuerdo entre los cónyuges, teniendo presente que , tal y como establece el propio artículo 97 “in fine”, en la resolución judicial se fijarán las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad.

La nueva regulación de la pensión o compensación⁷ en caso de separación o divorcio⁸, además de considerar intrascendentes los hechos motivadores del ruptura conyugal (culpabilidad), determina que la compensación consistirá, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia, en una pensión temporal o

6 BENÍTEZ-PIAYA CHACÓN, S., *Notas sobre el anteproyecto de Ley por la que se modifica el Código Civil en materia de separación y divorcio (nuevo artículo 81.2º)*, Miramar, Revista del I. Colegio de Abogados de Málaga, septiembre—octubre de 2004, nº 19, p. 43.

7 Sobre su regulación antes de la reforma, entre otros, vide a CAÑETE QUESAADA, A., *La pensión compensatoria. Una visión de futuro*, Revista de Derecho de Familia, nº 13, Lex Nova, octubre 2001.

8 Para la nulidad, el artículo 98 del Código Civil, habla de indemnización.

por tiempo indefinido o en una prestación única- cantidad a tanto alzado, acciones, inmuebles,...- En relación con la compensación o pensión han de destacarse claramente algunos aspectos. En primer lugar, es preciso que exista un desequilibrio económico interconyugal, que en relación con la posición del otro, produce a un cónyuge la separación o divorcio y que origina un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio. En segundo lugar, el artículo 97 incorpora un mandato al juez : el importe de la compensación y las bases para actualizar la pensión y las garantías para su efectividad se determinarán en la resolución judicial. En tercer lugar, según establece el artículo 100 de nuestro Código Civil, la pensión sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge. Y por último, el artículo 99 del Código Civil facilita mecanismos sustitutivos de la pensión: renta vitalicia , usufructo, y entrega de capital.

Particularmente importante resulta destacar algunos caracteres de la compensación o pensión.

III.3.1.- ***Se remarca la naturaleza jurídica compensatoria.*** El cónyuge al que la separación o el divorcio le implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio "...tendrá derecho a una compensación..." - artículo 97 del Código Civil- que corrija el desequilibrio económico entre la situación económica de los cónyuges en el momento de acaecer la ruptura matrimonial, con la que tenían con anterioridad a la crisis de su matrimonio.

Por compensación ha de entenderse dar algo en resarcimiento del perjuicio que se ha causado y que se manifiesta en un empeoramiento respecto a la situación anterior en el matrimonio.

La pensión compensatoria tiende a corregir el desequilibrio patrimonial que la crisis matrimonial genera entre los cónyuges, debido a la pérdida de posición económica de uno de ellos respecto al otro con respecto a al situación que tenían antes de la crisis del matrimonio. Así, siento este el punto de partida, la pensión compensatoria no ha de considerarse una indemnización derivada del artículo 1902 del Código Civil, puesto que el desequilibrio ocasionado por la crisis matrimonial se aprecia desligado de toda idea de culpa⁹. Tampoco ha de considerarse una suerte de "seguro vitalicio", ni consiste en igualar la riqueza que la ruptura del proyecto convivencial impide. No se trata tampoco de hacer frente a estados de necesidad, ni de asegurar el mantenimiento del nivel de vida existente en el matrimonio tras la

⁹ Sobre estos aspectos vide a ROCA Y TRIAS, en AA.VV. *Comentarios a las reformas de Derecho de familia*, vol. 1, Madrid, 1984 pp. 223-227, Id. *Familia y cambio social(de la casa a la persona)*, Madrid, 1999, p.147.

LAS MODIFICACIONES DEL CÓDIGO CIVIL EN MATERIA DE SEPARACIÓN... 141

separación o el divorcio, buscando nivelar los patrimonios de los cónyuges de forma ilimitada en el tiempo. Por el contrario, estamos ante una obligación legal de resarcimiento, perteneciente en la redacción del artículo 97 del Código Civil al derecho dispositivo, ejercitable sólo en los supuestos en que objetivamente se manifieste un perjuicio irreparable por otras vías que no sean las inherentes a los procesos matrimoniales. Se trata de equilibrar la situación que la crisis matrimonial ha desequilibrado al desnivelar económicamente la situación de los cónyuges con respecto a la disposición de los cónyuges vigente el matrimonio.

Precisamente por ser esa su naturaleza, está sometida a la autonomía de la voluntad de las partes tanto en orden a la fijación de la pensión como de la cuantía y condiciones de la misma. En especial, queda sometida al poder dispositivo del cónyuge que ha visto empeorada su situación respecto a la anterior en el matrimonio, de manera que el juez no podrá acordarla de oficio si los cónyuges no la pactan expresamente en su convenio regulador o si el cónyuge perjudicado renuncia expresamente a ella en el convenio o no solicitándola en el escrito de demanda de separación o divorcio contenciosos¹⁰.

Así, se establece como prioritario el acuerdo de los cónyuges de modo que el juez la determinará sólo a falta de acuerdo entre los cónyuges y tendiendo en cuenta las circunstancias señaladas en el artículo 97., entre las que cabe citar en primer lugar los acuerdos a que hubieran llegado los cónyuges. Fijada la pensión, admite modificaciones (artículo 100 del Código Civil) e incluso su extinción (artículo 101 del Código Civil)¹¹.

Se remarcada la naturaleza jurídica compensatoria de la pensión¹², descartando un pretendido carácter asistencial propio de la pensión alimenticia. No se debe olvidar que la pensión compensatoria carece de notas asistenciales, puesto que si bien el deber de socorro y ayuda mutua resulta predicable de forma recíproca entre los cónyuges (separados o no), sin embargo, no cabe ampliarlo más allá de la ruptura del vínculo matrimonial. Además el carácter resarcitorio de esta pensión

10 Se ha considerado que por su carácter necesario la pensión compensatoria tiene carácter irrenunciable de la pensión compensatoria previa a la separación o divorcio Vg. en capitulaciones matrimoniales otorgadas previamente a la crisis matrimonial, vide a GARCIA CANTERO, G., *Comentario al artículo 97 del Código Civil*; Comentario al Código Civil y Compilaciones Forales ; Tomo II; Madrid, 1982, pp. 433 y 438 ; NAVARRO FERNÁNDEZ RODRIGUEZ, La pensión en caso de separación o divorcio, Poder Judicial nº2, 1986, p.72

11 Sobre estos y otros aspectos vide CABEZUELO ARENAS, A.L. *La limitación temporal de la Pensión compensatoria en el Código Civil (Estudio Jurisprudencial y doctrinal)*, Pamplona, 2002; GONZÁLEZ POVEDA, P. *La pensión compensatoria temporal*, en “*Diez años de abogados de familia*”, La Ley, Madrid, 2003, pp. 21 y ss. HIJAS FERNÁNDEZ, E., *La pensión compensatoria y sus condiciones*, en “*Diez años de abogados de familia*”, La Ley, Madrid, 2003, pp. 475 y 476.

12 En esta línea de señalar un perfil resarcitorio y no asistencial o de alimentos ya se ha pronunciado el Tribunal Supremo en sentencias de 2 de diciembre de 1987 y 29 de junio de 1988.

queda patente en el artículo 99 del Código Civil cuando permite sustituir el pago de una prestación periódica por la entrega de un capital en bienes o dinero, lo que no es posible en caso de tratarse de una pensión alimenticia. Tanto el carácter disponible de la pensión compensatoria como el aspecto de su temporalidad, así como su carácter renunciable, separan a esa pensión de una naturaleza alimentaria, máxime si tenemos presente que el artículo 151 del Código Civil es taxativo al declarar expresamente la irrenunciabilidad del derecho de alimentos, aun cuando se admita la renuncia de pensiones ya devengadas y atrasadas.

La crisis del matrimonio que origine un perjuicio (relación causa –efecto), de carácter objetivo (al margen de toda consideración de culpa de los cónyuges), podrá resarcirse reclamando el cónyuge perjudicado en vía judicial, en forma de un devengo periódico, actualizable y sustituible, previo acuerdo de los cónyuges, “por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo sobre determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero” (artículo 99 del Código Civil).

III.3.2.- ***La extinción de la pensión, se produce por varias causas.*** En primer lugar, por el cese de la causa que la motivó – alteración de la fortuna de los cónyuges, o la reconciliación de los separados o divorciados (contrayendo nuevo matrimonio)-. En segundo lugar, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o vivir maritalmente con otra persona (unión de hecho). En tercer lugar, por renuncia o fallecimiento del propio cónyuge acreedor. Sin embargo, la pensión o compensación no se extingue por el sólo hecho de la muerte del cónyuge deudor, puesto que sus herederos seguirán afrontándola (artículo 1001 del Código Civil), salvo que la pensión periódica pueda verse afectada si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectará los derechos de los herederos en la legítima, en cuyo caso los herederos del cónyuge deudor podrán solicitar del juez la reducción o supresión de la pensión.