

La regulación de la ruptura del matrimonio y de las parejas de hecho

M. Luisa Moreno-Torres Herrera

Facultad de Derecho
Universidad de Málaga

Abstract

El ordenamiento jurídico español prevé procedimientos judiciales distintos para el ejercicio de las pretensiones que trae consigo la ruptura de la relación de pareja, dependiendo de que se haya mantenido una convivencia matrimonial o extra matrimonial.

Las normas procesales provocan una diferencia de trato entre las parejas casadas y las parejas de hecho, que no resulta razonable ni justificada: mientras que lo relativo a las prestaciones económicas entre separados y divorciados habrá de dirimirse necesariamente en el proceso matrimonial y junto con el resto de medidas reguladoras de la nueva situación (vivienda familiar, cuidado de hijos menores, régimen de visitas o alimentos a favor de los hijos), en el caso de cese de la convivencia de hecho, habiendo hijos menores, los ex convivientes habrán de utilizar dos procedimientos judiciales distintos para resolver tales cuestiones: el proceso especial del art. 748, 4º de la Ley de Enjuiciamiento civil para el establecimiento de las medidas relativas a los hijos, y el proceso declarativo que corresponda respecto de las pretensiones económicas entre los convivientes.

Detectado el problema -a partir del análisis legal y jurisprudencial- y tras constatarse que la diferencia no encuentra justificación alguna ni puede tampoco eludirse en la práctica judicial, se defiende la intervención del legislador estatal para suprimirla, señalándose las cuestiones que a tal fin deben decidirse y tomándose postura sobre ellas.

Spanish Law distinguishes between married and unmarried couples in order to decide which legal procedure applies to the breakdown of the relationship. This distinction is neither reasonable nor justified.

In the case of a marriage breakdown it is only necessary to follow one specific judicial procedure, which decides all disputed matters, such as possession of the family home, child maintenance, custody or visitation rights. However, where a relationship between an unmarried couple with children breaks down, two different judicial procedures must be followed: one to decide who has custody of the children, pursuant to article 748.4 of Civil Procedure Law, and the other to decide the economic disputes between the former partners.

This paper analyses the current status of this issue in detail. After a thorough analysis of the relevant legislation and case law we conclude that we cannot find any justifiable reason for maintaining the distinction between married and unmarried couples. However, judges have no choice but to apply it. Our proposal is therefore to remove the distinction altogether. In this regard, we suggest some ideas that could be useful to reform the current Procedural Law.

Title: Regulation for marriage breakdown and unmarried relationship breakdown

Palabras clave: procesos matrimoniales, procedimientos de familia, ruptura de pareja, parejas de hecho, crisis matrimoniales, separación matrimonial, divorcio

Keywords: matrimonial proceedings, family proceedings, breakdown of relationship, live-in partners, cohabitation, marriage breakdown, legal separation, divorce

Sumario

1. Los problemas jurídicos derivados del cese de la convivencia y los cauces previstos en las leyes españolas para su solución a falta de acuerdo
2. La regulación de la situación de no convivencia por los propios interesados
3. La diferencia de trato entre las parejas casadas y las parejas de hecho en las leyes procesales y sus posibles razones
4. El camino hacia la equiparación de los procedimientos judiciales para regular las situaciones post-ruptura: las cuestiones a decidir
 - 4.1. Supuestos en los que las parejas casadas deben tener la posibilidad de solicitar medidas judiciales para regular una situación de no convivencia
 - 4.2. El momento en el que deben establecerse las medidas definitivas reguladoras de la separación o el divorcio
 - 4.3. El necesario debate sobre el establecimiento simultáneo o sucesivo de todas las medidas reguladoras de las situaciones de no convivencia
5. Conclusiones
6. Tabla de jurisprudencia citada
7. Bibliografía

1. Los problemas jurídicos derivados del cese de la convivencia y los cauces previstos en las leyes españolas para su solución a falta de acuerdo

En un sistema como el español, en el que separación y divorcio no precisan causa alguna, fuera de la voluntad de obtenerlo por parte de uno de los cónyuges, y del transcurso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio (arts. 81 y 86 CC), los problemas a los que se enfrentan las parejas en el momento de la ruptura son prácticamente los mismos con independencia de que entre ellos exista o no un vínculo matrimonial¹. En ambos casos, habiendo hijos menores, habrá que establecer un régimen de guarda y en su caso de visitas, así como la forma en la que los progenitores cumplirán su deber legal de mantener a los hijos. En el supuesto de que haya hijos mayores de edad con derecho a alimentos, será preciso determinar la forma de cumplimiento de ese derecho, fijando, en su caso, las cuantías de las pensiones a cargo de los padres. También habrá que decidir el destino de la que fuera vivienda familiar, así como liquidar las relaciones económicas vigentes entre los miembros de la pareja. Por último, puede ocurrir que la ruptura produzca el nacimiento de algún otro derecho de contenido económico entre los miembros de la pareja².

Como se ha dicho, los anteriores problemas son comunes a las parejas matrimoniales y a las parejas de hecho. Ahora bien, que los problemas sean los mismos no significa que las soluciones legales sean en todo caso coincidentes (asunto este del que no se trata aquí), ni significa tampoco que los procedimientos judiciales a los que deben acudir los interesados para hacer valer las pretensiones derivadas del fin de la relación, sean los mismos, siendo esta la cuestión que se aborda en este estudio.

Las parejas casadas habrán de acudir a un proceso especial para solicitar la separación o el divorcio, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 748, 3º y 770 de la Ley 1/2000, de Enjuiciamiento Civil (BOE nº 7, de 8.1.2000) (en adelante, LEC). En el caso de estimarse la demanda, como generalmente ocurrirá, la sentencia no se limitará a establecer la separación o el divorcio de los cónyuges, sino que además determinará las medidas “en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico...” (art. 91 CC).

Por el contrario, las parejas de hecho no tienen que solicitar un pronunciamiento judicial que establezca que su relación se ha extinguido; no precisan un acto formal de disolución (MARTÍNEZ DE AGUIRRE, 2008, p. 58). Cuestión distinta es que los interesados recaben voluntariamente la intervención judicial para que se fijen las medidas aplicables a su nueva situación de no convivencia, lo que es habitual a falta de acuerdo. Sin embargo, ellos no

¹ En este sentido puede citarse la SAP Albacete, Sec. 1ª, 01.09.2005 (JUR 2005/237171, MP: Manuel Mateos Rodríguez).

² En el caso de la separación o divorcio, la pensión por desequilibrio económico o pensión compensatoria del art. 97 Cc. En el caso de las parejas de hecho, habrá que estar, en los territorios con Derecho civil propio, a lo establecido en los respectivos ordenamientos, y en los territorios sometidos al Derecho común, al no haber una regulación del fenómeno de las parejas de hecho en sus aspectos jurídico-privados, a lo que resulte de las normas generales (como el principio que prohíbe el enriquecimiento sin causa).

pueden valerse del procedimiento de separación y divorcio contencioso del art. 770 LEC, que está reservado para quienes contrajeron matrimonio.

En principio, es lo coherente; parece lógico que no se aplique a quienes no contrajeron matrimonio un procedimiento previsto para encauzar la pretensión de cese o extinción de la relación matrimonial. Sin embargo, y como se ha observado con acierto, los procesos matrimoniales no están conformados, con carácter general, por una única pretensión de separación o divorcio, sino por una pluralidad de pretensiones de muy distinta naturaleza (CALAZA, 2009, p. 31). Cabría añadir que en nuestro actual sistema de divorcio, esas otras pretensiones no poseen precisamente carácter accesorio, sino que cobran una gran relevancia, habida cuenta de que la separación y el divorcio precisan como único requisito material la voluntad de uno de los cónyuges; el demandado no puede oponerse por razones de fondo, ni el juez denegarla por razones sustantivas. De ahí que en la práctica, lo que adquiere más importancia para las partes no es tanto que se decrete la separación o el divorcio, sino la respuesta judicial sobre las medidas aplicables a los hijos y a las otras pretensiones formuladas por los cónyuges, que es exactamente lo mismo que ocurre en el caso de cese de una convivencia extramatrimonial cuando, habiendo desacuerdos o conflictos, se busca la tutela jurisdiccional.

Las normas procesales vigentes en España, nacidas muchas de ellas en un momento histórico en el que el régimen de las llamadas crisis matrimoniales era distinto, al tener que descansar la separación y el divorcio, como también la nulidad, en una causa legalmente establecida, provocan situaciones que no parecen razonables ni encuentran hoy una fácil justificación. Mientras que a los cónyuges les bastará iniciar el proceso matrimonial regulado en el art. 770 LEC para obtener respuesta judicial a todos los problemas anteriormente mencionados, tanto los relativos a los hijos, como los referidos estrictamente a los miembros de la pareja, las cosas son distintas para quienes, no habiendo contraído matrimonio, aspiran a obtener una sentencia judicial que establezca lo relativo al cuidado y mantenimiento de los hijos por parte de los progenitores, y que resuelva, al mismo tiempo, las pretensiones de contenido económico de los propios ex convivientes.

En el caso de cese de la convivencia de una pareja no matrimonial puede ser necesario iniciar dos, y hasta tres procedimientos distintos, para establecer lo que en el ámbito de las crisis matrimoniales se denominan “medidas definitivas” (arts. 774 LEC). En efecto:

1º- Los ex convivientes deberán utilizar el procedimiento especial a que se refiere el art. 748, 4º LEC³, para el establecimiento de todas las medidas concernientes a los hijos menores, que se sustanciará ante el Juzgado de Familia.

Pese a la letra del precepto (que se refiere a los procesos “que versen *exclusivamente* sobre guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor

³ La disposición adicional tercera de la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE nº 158, de 03.07.2015) ha dado nueva redacción al art. 748 LEC, si bien no ha alterado su nº 4º. El objetivo de la nueva redacción ha sido introducir un nuevo supuesto, que queda como 6º: “Los [procesos] que versen sobre las medidas relativas a la restitución de menores en los supuestos de sustracción internacional”.

contra el otro en nombre de los hijos menores”), la doctrina se decantó desde el principio por una interpretación amplia, sosteniendo que “tanto las cuestiones referidas al régimen de visitas a determinar a favor del progenitor no custodio para con la descendencia común, como las de uso y disfrute del domicilio que constituyó la vivienda que fue familiar, como incluso las referentes a privación de la patria potestad de alguno de los progenitores que se acumularan con aquéllas, podrían discutirse en el procedimiento declarativo especial previsto en el art. 770 LEC” (ANDRÉS JOVEN, 2003, pp. 227-228, y demás autores allí citados).

La anterior opinión es compartida, en buena medida, por la jurisprudencia menor, si bien resulta preciso matizar algunos aspectos.

Se acepta por los tribunales que el proceso especial del art. 748,4º LEC es adecuado para el establecimiento del régimen de visitas, en caso de cese de la convivencia de hecho, y ello incluso sin petición de parte. No puede ser de otro modo si se tiene en cuenta que “el pronunciamiento sobre el régimen de visitas es un elemento de orden público apreciable de oficio por el juez” y que “al igual que existe una obligación de alimentar a los hijos menores de edad, también existe un derecho de los progenitores a relacionarse con sus hijos menores, derecho este que no puede quedar limitado por la voluntad del progenitor que tenga a su cargo la guarda y custodia del menor, de tal forma que si se impide o dificulta el mismo, deberá ser el juez el que determine, en atención al principio "favor filii" cómo se va a ejercitar dicho derecho a relacionarse entre el padre no custodio y el menor. Por tanto no cabe duda alguna en la corrección jurídica de la apreciación de oficio del régimen de visitas, sin que ello constituya ni incongruencia ni predeterminación del fallo, sino que al contrario es una decisión amparada en las facultades legales que tiene el juez de acuerdo con los artículos citados del Código Civil y la propia indisponibilidad del objeto del proceso que se establece en el artículo 751.1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Prueba de la facultad judicial es el hecho de que el artículo 770.2ª de la Ley de Enjuiciamiento Civil limita la posibilidad de reconvencción a aquellos casos de medidas sobre las que el juez no deba pronunciarse de oficio. Por ello, ante una situación de hecho como la presente, en la que el menor estaba con su madre tras la separación de la pareja de hecho, no cabe duda alguna que el juez de instancia tenía la obligación legal de resolver sobre la guarda y custodia del menor, el régimen de visitas, el ejercicio de la patria potestad y la pensión alimenticia a cargo del padre y más cuando, aun cuando no fuese solicitado en la demanda, el Ministerio Fiscal en su contestación de la demanda (folio 123 de las actuaciones) expresamente solicitaba que se adoptasen las citadas medidas con respecto al menor”. (SAP Murcia, Sec. 5ª, 23.01.2007, JUR 2007/255126, MP: Miguel Ángel Larrosa Amante).

En el caso de autos, la apelante interpuso demanda de alimentos al amparo del artículo 148 CC, admitida como si de una demanda de juicio verbal se tratase por el Juzgado. Posteriormente se acordó la nulidad de dicho procedimiento, fundándose la misma en el hecho de que el trámite procesal era diferente y el plazo probatorio mayor. El Juzgado inadmitió luego la reconvencción formulada por el demandado en la que se pretendía la fijación de un régimen de visitas a su favor, al considerar que la determinación del régimen

de visitas era algo apreciable de oficio y por ello al amparo del artículo 770.2 LEC no era posible admitir dicha acción reconvencional, por tratarse de una cuestión de orden público. “Pues bien, a la vista de lo señalado anteriormente del iter procesal de la causa, no cabe duda alguna a esta Sala de la correcta actuación del Juzgado y de la inexistencia de ningún tipo de indefensión o de vulneración de la tutela judicial efectiva de la apelante por el cambio de procedimiento. Resulta evidente que el artículo 148 del Código Civil reconoce el derecho a percibir alimentos, pero no establece ningún trámite procesal, por lo que habrá que acudir a las normas procesales. En tal sentido es claro el error inicial del Juzgado al admitir la demanda como si de un juicio verbal de alimentos del artículo 250.1.8º de la Ley de Enjuiciamiento Civil se tratase, al no tener en cuenta la existencia de una específica previsión legal en sede de los procesos especiales de menores como lo es el artículo 748.4º del texto procesal que establece la aplicación de las disposiciones del título a los procesos que versen sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, que es exactamente la demanda planteada por la actora, y que como norma especial prevalece sobre la general del artículo 250. Son conocidas las diferencias entre el juicio verbal ordinario y el especial en sede matrimonial y de menores (contestación por escrito de la demanda - artículo 753 -; limitación de la reconvención - artículo 770.2º - mayor periodo de práctica de prueba - artículo 770.5º - o remisión a los trámites de la adopción de las medidas previas, simultáneas o definitivas en procesos de nulidad, separación o divorcio - artículo 770.6º -). Ello implica que el trámite procesal seguido no era en modo alguno inocuo, sino que el Juzgado, para garantizar la legalidad procesal, debía de acomodar su tramitación a las específicas previsiones legales para este tipo de procesos, de ahí la correcta nulidad de actuaciones declarada judicialmente y el trámite seguido. Tampoco se puede señalar, como hace la recurrente, que se le genera indefensión, pues era plenamente conocedora de la interpretación dada por el órgano judicial en relación al régimen de visitas solicitado por el demandado y por ello pudo proponer en el juicio todos aquellos medios de prueba que hubiera considerado oportunos a tal fin, así como también pudo hacer las alegaciones que consideró oportunas, tanto en relación con la procedencia del régimen de visitas como con respecto a su contenido, no existiendo por tanto actuación alguna contraria a Derecho por parte del Juez a quo, sino que al contrario actuó en todo momento de forma correcta y ajustada a la legalidad y al principio de favor filii que debe prevalecer sobre los intereses personales de los progenitores” (Fundamento de Derecho segundo).

Si bien es cierto que literalmente el art. 748.4º LEC dispone que los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores del Título I del Libro IV de la ley son aplicables a los procesos que “versen exclusivamente sobre guarda y custodia de los hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores”, es claro que, como dice la SAP Palencia, Sec. 1ª, 07.12.2005 (AC 2005/2370, MP: Ignacio Javier Ráfols Pérez), con cita de otras anteriores, el establecimiento del régimen de visitas es una medida que necesariamente ha de considerarse implícita en el régimen de custodia cuando éste se atribuye a uno de los progenitores, siendo inaceptable la interpretación estricta del art. 748.4º LEC. Tal interpretación ha sido considerada por la jurisprudencia “incompatible con el principio de igualdad que debe regir en toda

regulación que se refiera a los hijos menores, sin que pueda existir ningún trato discriminatorio por el hecho de que se sea hijo matrimonial o extramatrimonial” (que es la situación en la que, en principio, está pensando el art. 748.4º LEC), llegando a considerar que “con base a tal principio y como cuestión de interés público, deberá regularse necesariamente todo lo relativo a custodia, visitas y alimentos [...] Por lo tanto, a través de este procedimiento deberán regularse las medidas relativas a la guarda y custodia, régimen de visitas, y alimentos en sentido más amplio”.

Por lo que se refiere al cauce procesal adecuado para dirimir el conflicto sobre el uso de la vivienda familiar, tras la ruptura de la relación *more uxorio*, la SAP Ourense, Sec. 1ª, 4.02.2004 (JUR 2004/117243, MP: Josefa Otero Selvane) entendió que nada obsta para estimar incluidas en el ámbito de las pretensiones sobre guarda, custodia y alimentos, mencionadas por el apartado 4º del art. 748 LEC, la atribución del uso de la vivienda familiar, dado que la “habitación” forma parte del contenido de los alimentos, según el art. 142 Cc. Pensamos que este razonamiento, que secunda la doctrina (ANDRÉS JOVEN, 2003, p. 228), se puede compartir, y que en el proceso especial puede resolverse sobre la atribución del uso de la vivienda familiar, siempre, claro está, que haya hijos menores de edad y que el uso se atribuya a los hijos, lo que será cumplimiento del deber de alimentos de los padres. En alguna ocasión el tribunal ha llegado a pronunciarse, en el procedimiento especial, incluso sobre la distribución de cargas de la vivienda común, invocándose para ello “razones de economía procesal, de coherencia integradora y de respuesta a la tutela judicial”.

Es el caso de la SAP Girona, Sec. 2ª, de 9 de enero de 2004 (JUR 2004/60908, MP: José Isidro Rey Huidobro), en la que el tribunal “considera procedente pronunciarse sobre la distribución de cargas de la vivienda común, dentro de este procedimiento especial, cuando las partes han aceptado el pronunciamiento en él sobre la atribución del uso y disfrute de la vivienda común, pues de lo contrario la medida quedaría incompleta, lo cual abocaría a un nuevo proceso para obtener el reparto de los gravámenes del inmueble con independencia de la atribución del uso y disfrute [...] (Fundamento de derecho cuarto).

La doctrina según la cual la atribución del uso de la vivienda debe decidirse en el proceso especial del art. 748, 4º LEC no resulta contradicha, pese a las apariencias, por la SAP Murcia, Sec. 4ª, 11.03.2009 (JUR 2009/332892, MP: Juan Martínez Pérez), porque si bien es cierto que deja sin efecto la asignación del uso de la vivienda familiar acordada por la sentencia recurrida en un procedimiento en el que se resolvió sobre la guarda, visitas y alimentos de las menores, ello fue esencialmente por otros motivos, aunque la falta de idoneidad del procedimiento se tuvo en cuenta como argumento obiter dicta.

Entendió la Sala que se había “causado indefensión a la parte apelante en base a las circunstancias concurrentes, y especialmente a la inexistencia de grabación, con quebranto de lo dispuesto en el artículo 147 LEC, asimismo con vulneración de lo dispuesto en el artículo 748.4º LEC, pues el procedimiento versaba exclusivamente sobre la guarda y custodia de los menores y sobre los alimentos, mencionándose el anterior artículo en el escrito de demanda”. Interesa señalar que la sentencia recurrida otorgaba la guarda de las hijas menores a la madre, fijaba las pensiones alimenticias a cargo del padre y le atribuía a éste el uso de la vivienda familiar, siendo éste el único aspecto discutido en apelación.

En conclusión, tanto la doctrina como la jurisprudencia menor defienden una interpretación amplia del art. 748, 4º LEC, considerando que debe evitarse la interpretación literal restrictiva que conllevaría que sólo pudiera regularse a través de dicho procedimiento lo relativo a la guarda y custodia de los hijos menores de edad y a la pensión alimenticia. Se estima que la interpretación literal resulta “incompatible con el principio de igualdad que debe regir en toda regulación que se refiera a los hijos menores, sin que pueda existir ningún trato discriminatorio por el hecho de que se sea hijo matrimonial o extramatrimonial” (SAP Girona, Sec. 1ª, 14.12. 2004, JUR 2005/29216, MP: Fernando Ferrero Hidalgo). El argumento de la desigualdad ha sido también traído a colación por algún autor (PÉREZ UREÑA, 2001, p. 30).

2º- Los ex convivientes deberán valerse de un procedimiento declarativo ordinario para ejercitar las pretensiones de contenido económico entre ellos.

Esto es así, no sólo cuando la pareja no tenga hijos menores (caso de la SAP Madrid, Sec. 22ª, 22.02.2005, JUR 2005/84868, MP: Eduardo Hijas Fernández), sino también cuando los haya (SAP Murcia, Sec. 1ª, 7.09.2004, JUR 2005/70538, MP: Álvaro Castaño Penalva, SAP Málaga, Sec. 6ª, 16.05. 2012, JUR 2012/332687, MP: José Javier Díez Núñez, y SAP Segovia, Sec. 1ª, 19.02.2015, JUR 2015/94430, MP: Francisco Salinero Román).

Las pretensiones de uno de los miembros de la pareja frente al otro es claro que no tienen cabida en el procedimiento del art. 748 LEC (SAP Valencia, Sec. 4ª, 18.07.2011, JUR 2011/338483, MP: María Pilar Manzana Laguarda; SAP Alicante, Sec. 9ª, 07.02.2011, JUR 2011/161575, MP: Encarnación Caturra Juan, y SAP Valencia, Sec. 10ª, 03.02.2012, JUR 2012/162297, MP: Ana Delia Muñoz Jiménez . No obstante, la SAP Islas Baleares, Sec. 4ª, 02.02. 2014, (JUR 2014/186981, MP: Miguel Ángel Aguiló Monjo), referida a un caso en el que la sentencia recurrida se había pronunciado, en un procedimiento sobre guarda y custodia de hijos extramatrimoniales, sobre pretensiones económicas ejercitadas por la actora, le concede a ésta una indemnización por enriquecimiento injusto, sin entrar para nada en la cuestión de si se trataba o no del procedimiento adecuado para ello.

La doctrina general es la recogida en la SAP de Valencia de 18 de julio de 2011 (JUR 2011/338483), que reitera la sentada en ocasiones anteriores, y declara: "la pretensión deducida en la instancia y a la que ha atendido la Juzgadora de instancia de que se le reconozca el derecho a percibir una pensión compensatoria o una cantidad en concepto de compensación por el enriquecimiento injusto del apelado, o al amparo del artículo 1.902 del Código Civil, no puede ser atendida en este procedimiento porque sólo es apto legalmente, de acuerdo con el artículo 748-4º de la Ley de Enjuiciamiento Civil , para la tramitación de las demandas que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, y en consecuencia, la petición de una prestación compensatoria de un miembro de la unión no matrimonial frente al otro debe dilucidarse en la vía procesal oportuna regulada fuera del libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil; la omisión de un pronunciamiento expreso del Juzgado acerca de esta cuestión en el auto de admisión a trámite de la demanda no puede impedir en la sentencia la recta aplicación de las normas procesales, caracterizadas por su imperatividad".

Descartada la vía de los procesos matrimoniales y de menores para la sustanciación de las pretensiones que afecten únicamente a los miembros de la unión de hecho, habrá que acudir a las normas generales. Como expone ANDRÉS JOVEN (2003, p. 233), a quien seguimos en este punto, el procedimiento a seguir para las reclamaciones que hayan de efectuarse entre los miembros de la pareja va a depender de una parte del objeto de la reclamación y de otra de la cuantía que en su caso pueda reclamarse.

Si se reclama entre los miembros de la unión de hecho el uso y disfrute del domicilio que fue familiar, al no tener dicha demanda un interés económico susceptible de ser calculado, la pretensión se tramitará por los trámites del juicio ordinario (art. 249.2 LEC).

Si lo que se reclama es una compensación o una indemnización, habrá de estarse a la cuantía de lo reclamado, siguiéndose los trámites del juicio verbal si no supera los seis mil euros (art. 250.2 LEC) y los trámites del juicio ordinario si los supera (art. 249.2 LEC).

Por último, y si se reclama por parte de uno de los miembros de la unión de hecho una pensión de carácter periódico a otro, habrá de estarse a la naturaleza de la pensión que se reclame. Si al amparo de cualquiera de las normativas autonómicas que así lo prevén expresamente, lo que se reclama es una prestación alimentaria, habrán de seguirse, en principio, las reglas del juicio verbal, *ex* art. 250.8 LEC, y si la reclamación se efectúa en otro concepto distinto, habrá de estarse a lo prevenido en el art. 251.7 LEC, que recoge las reglas para la determinación de la cuantía, siendo esto lo que determine si debe acudirse al juicio ordinario o al verbal.

3º- Finalmente, el supuesto en que haya hijos mayores con derecho a alimentos es el que resulta más conflictivo, debiendo distinguirse varias hipótesis.

Ante todo, es claro que el propio hijo titular del derecho de alimentos, en tanto que mayor de edad, puede demandar a uno o a ambos progenitores para que se fije judicialmente la pensión alimenticia a su favor. Esta acción deberá sustanciarse por los trámites del juicio verbal, a tenor de lo ordenado en el art. 250 LEC, cuyo nº 8º menciona las demandas “que soliciten alimentos debidos por disposición legal o por otro título”. Esta posibilidad existe igualmente para los hijos matrimoniales.

Cuestión distinta es si, en los casos en los que el hijo mayor de edad conviva con uno de los progenitores, tiene este progenitor legitimación para reclamar al otro los alimentos a que el hijo tenga derecho. Así lo previene el art. 93, párrafo 2º CC, dentro del capítulo dedicado a los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, al ordenar que “Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el juez, en la misma resolución, fijarán los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”. El Tribunal Supremo se pronunció a favor de la aplicación analógica del citado artículo a los progenitores no casados, al resolver dos

supuestos⁴ sometidos a la anterior LEC y en los que no se aborda el asunto del procedimiento aplicable⁵.

La reclamación de alimentos a favor del hijo mayor de edad formulada por el progenitor con el que convive el acreedor de alimentos, frente al otro progenitor, no tiene encaje, desde luego, en el art. 748, 4º LEC, toda vez que no se trata de una medida reguladora de relaciones entre padres e hijos menores no matrimoniales. Tratándose de uniones extramatrimoniales, la regulación de las relaciones paterno-filiales por el cauce del art. 748 LEC comprende exclusivamente las relativas a los hijos menores de edad, quedando al margen las que afecten a los mayores de edad.

Sienta esta doctrina la SAP Madrid, secc. 22ª, 12.03.2013 (JUR 2013/158122, MP: Rosario Hernández Hernández), referida a un caso en que se demandaba conjuntamente la elevación de la pensión de alimentos a favor de la hija común menor de edad convenida por los litigantes, que había quedado bajo la custodia de la madre, y la fijación de pensión a favor del hijo mayor de edad a cargo de su padre, cuya guarda se había pactado en su día a favor de este, y que pasó luego a residir con la madre. La sentencia de 1ª instancia razonó que “la determinación de nueva prestación alimenticia a cargo de alimentante diferente del que fue progenitor custodio, constituye acción con sustantividad propia que carece de encaje en el artículo 748, 4º LEC, toda vez que no se trata de ninguna medida reguladora de las relaciones paterno-filiales (referida en exclusiva a los hijos menores no matrimoniales) ni deriva tampoco de una medida complementaria accesoria a un proceso matrimonial anterior cuya modificación se pretende; no siendo factible acudir a la conexión funcional que justificaba la competencia de los Tribunales de Familia con base en el artículo 61 LEC, citando nuestra resolución de 27 de julio de 2.009, en la que expresamos que las pretensiones que afectan a hijos mayores dependientes económicamente y conviviendo bajo el mismo techo de uno de los progenitores, quedan fuera del proceso especial de familia, debiendo el propio descendiente acudir al juicio verbal de alimentos (artículo 250.8 LEC) ostentando legitimación activa propia y debiendo, en su caso, demandar a los dos progenitores legitimados pasivamente”.

La SAP Valladolid, Sec. 1ª, 22.04.2013 (JUR 2013/200838, MP: Francisco Salinero Román) consagra la misma doctrina al afirmar que “el procedimiento del art. 748. 4 LEC, que es el que lleva aparejada la competencia de los Juzgados de familia, solo debe seguirse cuando se reclamen los alimentos a uno de los progenitores. Por reclamar, tal como está redactado el precepto, debe entenderse cuando se acude a dicho proceso para que se fije y acuerde la obligación alimenticia de cualquiera de los progenitores para con sus hijos menores. Pero el proceso del art. 748. 4 no es el adecuado cuando la obligación de alimentos y su cuantía ya han sido contractualmente convenidas entre las partes y por no tanto no es necesario acudir al proceso para su determinación. En un caso como el examinado de lo que se trata es de hacer efectivo el cumplimiento de lo pactado en un contrato y el proceso adecuado será el declarativo que corresponda y la competencia, por consecuencia de lo anterior, debe corresponder a cualquier Juzgado no especializado en materia de familia y menores”. La legitimación de la madre se explicaba, no obstante tratarse de alimentos de una hija mayor de edad, porque fue parte en el contrato en el que se fijaron.

⁴ STS, 1ª, 30.12.2000 (RJ 2000/10385, MP: Alfonso Villagómez Rodil) y STS, 1ª, 27.03. 2001 (RJ 2001/4770, MP: Alfonso Villagómez Rodil).

⁵ Sobre los procedimientos a seguir por las parejas de hecho durante la vigencia de la anterior Ley de Enjuiciamiento civil, pueden verse: Miguel LÓPEZ-MUNIZ GOÑI (1994), *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, Colex, Madrid, y Eduardo PORRES ORTIZ DE URBINA (2002), “Uniones de hecho”, *Boletín del Ministerio de Justicia* nº 1914, pp. 5-34.

Así pues, con la ley procesal en la mano, los alimentos de los hijos mayores deben sustanciarse por los trámites del juicio verbal (art. 250,8º LEC), lo que obliga a los interesados, cuando hay simultáneamente hijos mayores y menores de edad, a utilizar dos procesos distintos, y por lo tanto a resolver por separado las pensiones o contribuciones económicas a favor de unos y de otros, algo que con toda lógica resulta inconcebible en la práctica judicial. De ahí que la mayor parte de los Juzgados de Familia opten por permitir la reclamación conjunta de las pensiones alimenticias para la descendencia común con independencia de que los hijos hayan alcanzado o no la mayoría de edad (ANDRÉS JOVEN, 2003, p. 232). En la doctrina se ha propuesto dar una interpretación amplia a la expresión “hijos menores” del art. 748, 4º LEC, entendiéndola referida a todos los hijos que se encuentren en relación de dependencia respecto de sus padres (CABALLOL, 2004, p. 81).

Se ha defendido que la solución seguida en la práctica de los tribunales podría encontrar apoyo en el art. 39.3 CE, puesto en relación con el art. 108 CC, afirmándose que el principio básico según el cual los padres tienen el deber de alimentar a los hijos, sean cuales sean las relaciones entre ellos “puede verse sensiblemente afectado en el caso de que se permita la reclamación alimenticia conjunta a favor de los hijos mayores y menores de edad cuando éstos son matrimoniales y no se permita ésta en los hijos nacidos de una unión de hecho” (PÉREZ UREÑA, 2001, p. 33. En el mismo sentido, CASO SEÑAL, 2005, p. 275).

Desde nuestro punto de vista, no es el expuesto un argumento correcto, sin que ello signifique que compartamos el actual estado de cosas. Y no es correcto porque una cosa es el derecho de los hijos a recibir asistencia de sus padres, que se les reconoce tanto si son matrimoniales como si no, “durante su minoría de edad y en los demás casos en que legalmente proceda” (art. 39.3 CE), lo que es plenamente respetado y desarrollado por las leyes sustantivas, y otra muy distinta que el procedimiento judicial que deba seguirse cuando el conflicto entre los progenitores se plantea con ocasión de su separación o divorcio, sea uno (el proceso matrimonial) y el procedimiento a seguir cuando el conflicto se suscita entre progenitores no casados sea otro diferente (los trámites del juicio verbal *ex* art. 250.8 LEC). Es cierto que mientras que en el caso de los padres casados, se discutirán conjuntamente las contribuciones económicas a favor de todos los hijos, tanto menores como mayores no independientes, en el caso de los padres no casados, por el contrario, se discutirán por separado. No es sensato que sea así, pero ello no quiere decir que se esté vulnerando lo ordenado en el art. 39.3 CE. Tampoco la situación descrita supone una vulneración del principio de igualdad de los hijos del art. 39.2; la diferencia de trato se da entre las parejas casadas y las parejas de hecho más que entre hijos matrimoniales y no matrimoniales.

Conviene aclarar, por último, que lo expuesto en este apartado está referido al Derecho estatal y que las cosas son algo distintas en algunos ordenamientos autonómicos. Es el caso de Cataluña, cuyo Código civil contiene previsiones normativas dirigidas precisamente a procurar que dentro del mismo proceso se resuelvan todas las cuestiones que sea preciso regular tras el cese de la convivencia extramatrimonial. La Disposición adicional quinta de la Ley del Parlamento de Cataluña 25/2010, de 29 de julio, del Libro segundo del Código

Civil de Cataluña (BOE n. 203, de 21.08.2010) (en adelante CCCat), tras establecer en su nº 1 que los procedimientos judiciales relativos a la ruptura de la pareja estable se tramitan, en lo no regulado expresamente por el Código Civil, de acuerdo con lo que la Ley de Enjuiciamiento Civil establece en materia de procesos matrimoniales, ordena en su nº 2 la acumulación en un único proceso de las reclamaciones referentes a: guarda de los hijos y relaciones personales, atribución o distribución del uso de vivienda familiar, compensación económica por razón de trabajo, prestación alimentaria y, en su caso, derechos sucesorios. Se añade que “En el mismo proceso cualquiera de los miembros de la pareja puede ejercer la acción de división de cosa común respecto a los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Si existen varios bienes en comunidad ordinaria indivisa y uno de los miembros de la pareja lo solicita, la autoridad judicial puede considerarlos como una masa común a efectos de la formación de lotes y de su adjudicación”.

En la misma línea puede citarse la reciente Ley 7/2015, de 30 de junio, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores (BOE nº 176, de 24.07.2015), cuyo objeto es regular las relaciones familiares derivadas, entre otros, de los procedimientos de nulidad, separación o divorcio y *extinción de las parejas de hecho* (art. 1.1.a). Esta ley atribuye el mismo trato a las parejas matrimoniales y no matrimoniales, al exigir que tanto los cónyuges (cuando presenten la demanda de nulidad, separación o divorcio), como los convivientes (cuando inicien el *procedimiento de medidas paterno filiales*) presenten ante el juez, bien de mutuo acuerdo o cada uno de forma individual, una propuesta de convenio regulador, con el contenido mínimo que se establece en el art. 5.2 de la ley, el cual incluye medidas relativas a la patria potestad y relación personal de los padres con sus hijos, contribución a las cargas familiares y a los alimentos, atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar, “así como de otras viviendas familiares” en las que concurren ciertas circunstancias, y, finalmente, “la pensión compensatoria que pudiera corresponder conforme al artículo 97 del Código Civil y el artículo 5 de la Ley 2/2003, de 7 de mayo, reguladora de las parejas de hecho”. A su vez, el art. 7 ordena al juez que, a falta de acuerdo entre las partes, determine “las medidas que hayan de regir las relaciones familiares a las que se refiere esta ley tras la ruptura de la convivencia”, conforme a los criterios que la propia ley establece. En definitiva y en lo que aquí interesa, el legislador vasco impone la adopción conjunta en vía judicial de todas las medidas reguladoras de la situación post-ruptura, tanto para las parejas casadas como para las parejas de hecho. La solución es clara, pero su aplicación en la práctica se presenta llena de interrogantes en referencia a la convivencia extramatrimonial, toda vez que la LEC no prevé un procedimiento único para el establecimiento de todas las medidas derivadas de la ruptura de los progenitores no casados.

2. La regulación de la situación de no convivencia por los propios interesados

Es bien sabido que el ordenamiento jurídico español ofrece a los cónyuges la posibilidad de que sean ellos mismos, y no los jueces, quienes adopten las medidas por las que se habrá de regir la situación post-ruptura. Esos acuerdos estaban hasta hace poco sometidos al control

judicial. La situación ha cambiado con la publicación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE nº 158, de 3.07.2015) (en adelante, LJV). El art. 82 CC permite ahora a los cónyuges “acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90...”. Ahora bien, esta posibilidad queda excluida “cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores” (art. 82.2). Por su parte, el art. 87 CC, en redacción dada por la citada ley, preceptúa que “Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el art. 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidos en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio”.

Así pues, las parejas que en el momento de separarse o divorciarse no tengan hijos menores o incapacitados judicialmente, no tienen que someter el convenio regulador al control judicial, lo que antes era necesario para obtener la separación o el divorcio. Bastará con que lo eleven a escritura pública, la cual habrá de tener, eso sí, el contenido del art. 90 CC, en lo que resulte aplicable.

La posibilidad de que la separación y el divorcio, no obstante constituir nuevos estados civiles, queden sustraídos al control judicial, se justifica porque en los sistemas de divorcio sin causa no hay contradicción o conflicto de intereses entre las partes en lo referente a la pretensión misma de separación o divorcio (CALAZA LÓPEZ, 2009, p. 27), y porque se trata de una materia disponible (DÍEZ NÚÑEZ, 2008, p. 7, siguiendo a TAPIA FERNÁNDEZ⁶). Y el hecho de que para la adopción de las medidas reguladoras de la nueva situación, cuando no haya hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente⁷ puedan igualmente prescindir de la intervención del juez, se explica porque todos los asuntos a resolver entre los cónyuges son en este caso disponibles⁸.

⁶ A propósito de 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, mediante la que se introdujo en España la separación y el divorcio sin causa, sostiene la autora que la nueva configuración del matrimonio no justifica la existencia de un proceso especial no dispositivo, ya que el hecho que hasta ahora justificaba aquella especialidad de principios, no está en absoluto comprometida en las situaciones matrimoniales como tales, siendo cosa distinta los efectos y consecuencias del matrimonio en cuanto a la existencia de hijos menores.

⁷ Esta es la expresión que utiliza el Código, que se adapta de este modo a la terminología empleada por la Convención de Naciones Unidas sobre derechos de las personas con discapacidad.

⁸ En línea con lo apuntado en el texto, afirma SILLERO CROVETTO (2014, p. 83), que en el supuesto de que el matrimonio tenga hijos menores de edad, será necesaria la intervención del Ministerio Fiscal que, tal y como establece el art. 749.2 LEC, es parte en todos los procedimientos de divorcio, sean contenciosos o de mutuo acuerdo, en los que haya hijos menores o incapacitados judicialmente, y cuya misión radica en velar por los mismos, proteger sus intereses y corroborar que los acuerdos alcanzados por los progenitores

Esta nueva posibilidad de separación o divorcio “notariales” deja subsistente la separación y el divorcio establecidos mediante sentencia judicial, que será la única opción para los matrimonios con hijos menores o incapacitados. El procedimiento a seguir es distinto dependiendo de que se trate de una separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro -en cuyo caso es de aplicación el art. 777 LEC- o de que se trate de una separación o divorcio contenciosos -supuesto que queda sometido al art. 770 LEC, siguiéndose en este caso los trámites del juicio verbal y las reglas contenidas en el citado precepto-. Ahora bien, en ambos casos bastará un único proceso judicial para regular todos los efectos del cese de la relación matrimonial, tanto los atinentes a los hijos como los referidos a los cónyuges, a diferencia de lo que ocurre en el caso de las uniones no matrimoniales.

Es evidente que no sólo las parejas casadas, sino también las parejas de hecho, pueden regular por sí mismas las relaciones posteriores a la ruptura. Esta posibilidad está expresamente recogida, siquiera en aspectos puntuales, en algunos preceptos del Código Civil, como el art. 159, y en la legislación autonómica⁹, lo que indica que las soluciones consensuadas se perciben por el legislador, al igual que por la doctrina, como las más deseables.

En el caso de las uniones extramatrimoniales, las dificultades surgen cuando uno o ambos miembros de la pareja aspira a que exista un refrendo u homologación, en vía judicial, de sus acuerdos, y ello porque, tal y como ha quedado expuesto en el anterior apartado, puede resultar necesario acudir a varios procedimientos judiciales para conseguirlo, al menos en los casos en que los pactos comprendan -lo que será habitual- tanto medidas referentes a

en relación a las medidas que les afectan no sean perjudiciales para ellos, añadiendo que esta misión no puede ser asumida por un Fedatario Público.

⁹ Sin ánimo exhaustivo, pueden citarse, además del art. 5 y concordantes de la Ley 7/2015, de 30 de junio, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores, del País Vasco: el art. 1 de la Ley Foral 3/2011, de 17 de marzo, de custodia en los casos de ruptura de la convivencia de los padres de Navarra (BOE nº 87 de 12.04.2011), que dispone que “La finalidad de la Ley Foral es adoptar las medidas necesarias para que la decisión que se adopte sobre la custodia de los hijos menores atienda al interés superior de los mismos y a la igualdad de los progenitores, y facilitar el acuerdo de estos a través de la mediación familiar”; el art. 5.1 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio, de Parejas Estables de Navarra (BO Navarra nº 82, 07.07.2000), que reconoce el derecho de los miembros de la pareja estable para regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja; el art. 77 del Decreto Legislativo 1/2011, de 22 de marzo, por el que se aprueba el Código del Derecho Foral de Aragón (BO Aragón nº 63, de 29.03.2011), que regula el pacto de relaciones familiares; los arts. 234-5 y 234-6 del CCCat (modificado por Ley 6/2015, de 13 de mayo), referido el primero a los pactos en previsión del cese de la convivencia y el segundo a los acuerdos conseguidos después del cese de la convivencia; el art. 6 de la Ley 4/2002, de 23 de mayo, de Parejas Estables de Asturias (BOE nº 157, de 02.07.2002), que se remite a la legislación civil vigente en materia de relaciones paterno-filiales; el art. 5 de la Ley 5/2002, de 16 de diciembre, de Parejas de Hecho de Andalucía (BOE nº 11, de 13.01.2003), a cuyo tenor los miembros de la pareja podrán regular las compensaciones económicas que convengan para el caso de disolución de la pareja, respetando en todo caso los derechos mínimos contemplados por la legislación general aplicable; el art. 11 de la Ley 18/2001, de 19 de diciembre, de Parejas Estables de las Islas Baleares (BOE nº 14, de 16.01.2002), que dispone que en el supuesto de ruptura de la convivencia en vida de ambos miembros de la pareja, éstos pueden acordar lo que consideren oportuno en cuanto a la guarda y custodia de los hijos comunes, el régimen de visitas, de comunicación y de estancias.

los hijos (bien menores, bien mayores de edad con derecho a alimentos), como medidas aplicables a los propios ex convivientes.

A los pactos referentes a los hijos menores de edad les es de aplicación el art. 770, 6º LEC, según el cual “En los procesos que versen exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores, para la adopción de las medidas cautelares que sean adecuadas a dichos procesos se seguirán los trámites establecidos en esta Ley para la adopción de medidas previas, simultáneas o definitivas en los procesos de nulidad, separación y divorcio”. Consecuentemente, resulta aplicable el procedimiento del art. 777 LEC, pero únicamente en lo referente a los hijos menores (guarda, visitas, alimentos y atribución del uso de la vivienda familiar, conforme a la interpretación amplia del art. 748,4º, seguida por la jurisprudencia y anteriormente expuesta).

Sin embargo, es inadecuado el cauce procesal del art. 748, 4º LEC, respecto de los convenios reguladores que, además de resolver las cuestiones referentes a los hijos menores, contienen pactos que afectan exclusivamente a los propios convivientes. Puede citarse en este sentido la SAP Las Palmas, Sec. 3ª, 28.04. 2006 (JUR 2006/199084, MP: Ildefonso Quesada Padrón) y la SAP Alicante, Sec. 9ª, 10.09.2013 (JUR 2013/320145, MO: Vicente Ataulfo Ballesta Bernal)¹⁰.

Y, ¿cuál es la vía para obtener el refrendo judicial de los pactos de los ex convivientes que no tengan cabida en el art. 748, 4º LEC?

A partir de la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, deberá acudir a la conciliación regulada en sus arts. 139 y ss. Dispone el art. 139.1 que “Se podrá intentar la conciliación con arreglo a las previsiones de este Título para alcanzar un acuerdo con el fin de evitar un pleito”, si bien se excluyen, entre otros, “los juicios en que estén interesados los menores y las personas con capacidad modificada judicialmente para la libre administración de sus bienes” (art. 139.2, 1º), así como “En general, los que se promuevan sobre materias no susceptibles de transacción ni compromiso” (art. 139.2.4º).

En suma, para obtener la homologación judicial de un convenio que tenga contenido mixto (acuerdos sobre los hijos menores y acuerdos sobre cuestiones patrimoniales entre cónyuges o referentes a prestaciones alimenticias de hijos mayores de edad) los progenitores no casados habrán de acudir a dos procedimientos distintos y disgregar lo que quizás se había querido como un todo¹¹.

¹⁰ En la doctrina, PÉREZ UREÑA (2001), pp. 33 y 34.

¹¹ Afirma CASO SEÑAL (2001, p.142) que los distintos pactos de un acuerdo no son cláusulas independientes sino que guardan relación de equilibrio las unas con las otras. Es de la misma opinión PÉREZ MARTÍN (2003, p. 263).

3. La diferencia de trato entre las parejas casadas y las parejas de hecho en las leyes procesales y sus posibles razones

El análisis efectuado hasta ahora permite concluir que mientras que lo relativo a las prestaciones económicas entre separados y divorciados habrá de dirimirse necesariamente en el proceso matrimonial y junto con el resto de medidas reguladoras de la nueva situación (vivienda familiar, cuidado de hijos menores, régimen de visitas o alimentos a favor de los hijos), en el caso de cese de la convivencia de hecho, habiendo hijos menores, los ex convivientes habrán de utilizar dos procedimientos judiciales distintos para resolver tales cuestiones. Por un lado deberán iniciar un proceso de menores para establecer las medidas que a estos conciernen (art. 748, 4º LEC), y por otro lado deberán acudir al proceso declarativo que corresponda (ordinario o verbal) en el caso de ejercitarse pretensiones económicas de uno de los miembros de la pareja frente al otro.

En contra de lo que pudiera pensarse en un primer momento, la diferencia de trato por parte de las leyes procesales no es en todos sus aspectos perjudicial para las parejas de hecho. Es cierto que la necesidad de iniciar varios procesos judiciales para obtener unas respuestas que quienes estuvieron casados consiguen mediante un solo proceso judicial, es una desventaja, pero esta apreciación es sólo una parte de la realidad. Las parejas de hecho cuentan con una posibilidad de la que carecen las parejas casadas, y es que no tienen que resolver al mismo tiempo todos los asuntos que se originan por la ruptura.

La solución simultánea de todas las cuestiones (las referentes a los hijos y las patrimoniales entre los miembros de la pareja) no es necesariamente la más conveniente. Supone una ventaja el contar con la posibilidad de gestionar los tiempos del modo que se estime más oportuno. No es infrecuente, dado que todas las medidas han de acordarse en la sentencia, que en los procesos de separación y divorcio se produzcan cesiones o renunciaciones de derechos patrimoniales a fin de obtener la custodia de los hijos, el uso de la vivienda familiar o un determinado régimen de visitas, o incluso con la finalidad de no demorar la sentencia que pone fin a la relación matrimonial; cesiones o renunciaciones que muy probablemente no acaecerían si el sujeto que las realiza pudiera ejercitar sus derechos en un momento posterior. Más preocupante que ello es el riesgo que existe, cuando todas las cuestiones se resuelven simultáneamente por los cónyuges o convivientes, de que se antepongan los intereses de los cónyuges a los de los hijos.

Desde la óptica expuesta, la posición de quienes mantuvieron una convivencia more uxorio es mejor que la de quienes estuvieron casados, pues mientras que éstos últimos no cuentan con la posibilidad de plantear demandas de contenido económico tras haberse establecido las medidas definitivas en la sentencia de divorcio, aquéllos sí pueden hacerlo con posterioridad al establecimiento del régimen de custodia de los hijos y a la fijación de las pensiones alimenticias a favor de estos, lo que les garantiza que sus pretensiones económicas no queden contaminadas o influenciadas por aquellas.

Una vez constatada la diferencia de trato que las leyes procesales españolas dispensan a las parejas matrimoniales y a las extramatrimoniales, resulta oportuno preguntarse cuáles son las razones en las que descansa.

Ha habido algunos intentos, sobre todo por parte de la jurisprudencia, pero también de la doctrina, por justificar o explicar de algún modo la situación de la que nos venimos ocupando, pero no se han esgrimido argumentos que puedan estimarse convincentes, al menos en el sistema vigente en España.

No convence, en nuestra opinión, la explicación dada por algún autor de que el hecho de que la Ley de Enjuiciamiento civil ignore a las uniones libres (con la excepción señalada del art. 748,4º) es coherente con la ausencia de un estatuto jurídico propio de estas uniones, a nivel nacional (PORRES ORTIZ DE URBINA, 2002, p. 33), y no convence porque una cosa es que no haya una regulación sustantiva del fenómeno de las parejas de hecho¹² y otra muy distinta que las leyes procesales no tengan en cuenta la realidad consistente en que los conflictos que se originan con ocasión de su ruptura no siempre se resuelven amistosamente y que es un hecho que los ex convivientes acuden a la vía judicial para resolverlos. La circunstancia de que una realidad no sea reconocida como institución no significa que sea irrelevante jurídicamente ni que, en consecuencia, no pueda ser fuente de conflictos y pretensiones (CABALLOL, 2004, p.69).

A lo anterior hay que añadir que son muchas las comunidades autónomas que, dentro de las normas dedicadas a regular el fenómeno de las convivencias estables de pareja, se ocupan, incluso con gran detenimiento, de los efectos de su extinción, señalando que a falta de acuerdo, corresponde al juez resolver cuestiones tales como la atribución o distribución del uso de la vivienda familiar (art. 234-8 CCCat) o reconociendo a los convivientes derechos subjetivos, como la compensación económica por razón del trabajo (art. 234-9 CCCat), los cuales son susceptibles, obviamente, de ser ejercitados judicialmente, con sometimiento a la Ley de Enjuiciamiento Civil, sin perjuicio de las particularidades procesales que tengan establecidas las comunidades autónomas al amparo de lo permitido por el art. 149.1, 6ª CE.

Las diferencias procesales entre las parejas matrimoniales y extramatrimoniales tampoco pueden justificarse por el hecho de que matrimonio y convivencia more uxorio sean realidades distintas, no equiparables¹³. Es claro que mientras que las relaciones paterno-

¹² Nos referimos, obviamente, a una ley estatal. Es bien conocido que muchas Comunidades autónomas han dictado leyes especiales para regular la convivencia no matrimonial y que otras, como Cataluña, han incluido esta regulación en el Código civil (art. 234-1 a 234-14 CCCat).

¹³ Es lo que hace la SAP Valencia 18.07.2011 (JUR 2011/338483), que declara que el pronunciamiento sobre pensión compensatoria contenido en la sentencia recurrida debe revocarse "habida cuenta de que no se contempla ni puede asimilarse a ninguno de los supuestos contemplados en el art. 748 ya citado, y sí por el contrario se permite su asimilación al matrimonio para todo lo que verse sobre su guarda y custodia, extensible al establecimiento de un régimen de comunicación y visitas, así como para todo lo que verse sobre sus alimentos, extendiéndose también a la atribución de la vivienda por considerar que forman parte de ellos, y ello por cuanto de lo que se trata es de atender las necesidades de los hijos, mientras que en los otros conceptos económicos, relativos a la procedencia o no de pensión compensatoria, no hay asimilación

filiales son idénticas en nuestro ordenamiento jurídico, con independencia de que los hijos sean matrimoniales o extramatrimoniales¹⁴, no ocurre lo mismo con las llamadas relaciones horizontales, esto es, las que existen entre los miembros de la pareja. Unas y otras se rigen por normas distintas, y las que regulan la relación matrimonial no son aplicables a las uniones extramatrimoniales¹⁵. Ahora bien, ello no guarda relación alguna con el hecho de que los procedimientos judiciales de los que tienen que valerse los convivientes sean distintos de los previstos para las parejas casadas, si de lo que se trata es de resolver problemas de la misma naturaleza: derechos subjetivos de contenido económico. Que las normas de Derecho sustantivo aplicables a la solución de los conflictos patrimoniales entre los miembros de la pareja no coincidan en el caso del matrimonio y en el caso de la convivencia more uxorio, no debe determinar diferencias procesales, puesto que se trata en ambos casos de materias disponibles. Y que los derechos entre cónyuges sean distintos a los derechos entre convivientes, tampoco es razón para que a los primeros se les imponga, en caso de ruptura, la regulación simultánea de las medidas definitivas y a los segundos no.

A la vista de la poca consistencia de los argumentos anteriormente referidos, y a falta de otros más sólidos, no nos queda sino sumarnos a la opinión de la doctrina procesalista, que percibe la diferencia de trato a la que nos venimos refiriendo como una verdadera discriminación legal (PORRES ORTIZ DE URBINA, 2002, p. 33, y ANDRÉS JOVEN, 2003, p. 225). Se ha afirmado con toda razón que la Ley de Enjuiciamiento Civil de 2000 dio la espalda a la realidad social y jurídica (ILLÁN FERNÁNDEZ, 2005, p. 330), y que somete a las parejas de hecho a una perspectiva judicial que ha sido calificada de aterradora (CASO SEÑAL, 2002, p. 144).

Queda por advertir que el aspecto concreto que se cuestiona es la diversidad de procesos judiciales que se ven obligados a iniciar en muchos casos quienes formaron una pareja de hecho frente al único procedimiento que han de seguir las parejas casadas para obtener la separación y el divorcio y para la adopción, al mismo tiempo, de todas las medidas que resulten necesarias para regular la situación post-ruptura. No entramos aquí en el detalle de si serían o no razonables otras diferencias procesales como la posibilidad de solicitar medidas provisionales previas a la demanda.

Rechazó esta posibilidad respecto de una pareja no casada, antes de que se estableciese en nuestro país el divorcio sin causa, la SAP Madrid 22.02. 2005 (JUR 2005/84868), que resuelve el recurso planteado contra el auto por el que el Juzgado decidió que no había lugar a admitir el trámite de medidas

al matrimonio, y por lo tanto la unión de hecho no puede hacerla valer a través del juicio especial del Título I del Libro IV de la Ley de Enjuiciamiento Civil, pues la pretensión correspondiente no puede subsumirse en ninguno de los apartados del artículo 748 de la ley citada”.

¹⁴ Cuestión distinta es que cambien en función de que haya o no convivencia de los progenitores.

¹⁵ La STC (Pleno) 23.04.2013 (RTC/2013/93, MP: Adela Asua Batarrita) estableció con toda claridad que matrimonio y pareja estable son realidades jurídicas distintas, no equiparables (Fundamento de Derecho quinto), y que las leyes no pueden imponer a las parejas estables efectos que ellas no asuman voluntariamente, porque ello vulneraría el derecho fundamental consagrado en el art. 10.1 de la Constitución (Fundamento de Derecho noveno).

provisionales previas por faltar la condición de cónyuge en la solicitante. Explica la sentencia que los arts. 748, 4º, 769 y 770, 6º LEC “en relación con los artículos 102 y siguientes del Código Civil, limitan, con evidente lógica jurídica, su ámbito de aplicación a los supuestos de crisis matrimoniales, con inequívocas referencias a los "cónyuges", con el fin de poder ofrecer una ágil e interina respuesta a las situaciones fácticas de quiebra de la unión nupcial, habida cuenta de los deberes de convivencia, fidelidad y socorro mutuo que a los esposos impone el artículo 68 del citado Código, y cuyo injustificado incumplimiento puede tener graves repercusiones jurídicas, tanto en el propio ámbito civil (vid artículo 82, causa 1ª C.C.), como inclusive en el terreno punitivo (vid artículos 226 y 227 del Código Penal vigente), por lo que la separación previa, y en aras de un ulterior procedimiento de divorcio, separación o nulidad, tiende a evitar, entre otras y por la vía procedimental analizada, las referidas consecuencias. Por ello, en los supuestos de parejas no casadas, y no existiendo hijos menores, devienen inaplicables los referidos trámites procesales, al no existir deberes recíprocos de socorro, fidelidad y convivencia legalmente impuestos, sino asumidos libremente y sin cobertura jurídica. De ello dimana la posible ruptura convivencial por la libre voluntad de cualquiera de los integrantes de la pareja, sin las consecuencias sancionadoras previstas en caso de un matrimonio, por lo que, en tal ámbito, no se llega, ni puede llegarse, a una plena equiparación, respecto de quienes, por una decisión libre y perfectamente legítima, han decidido no asumir los derechos y deberes inherentes al estado civil matrimonial. En consecuencia, en el referido ámbito procedimental, y a falta de prole en situación de dependencia jurídica de sus progenitores, se justifica plenamente el que nuestro ordenamiento jurídico no asimile procedimientos cual el que intenta la recurrente a los de carácter matrimonial. Y aunque dicho criterio legal pudiera ser discutible, al mismo necesariamente habrá de estarse, en cuanto nos encontramos ante normas de orden público y, por ende, de inexcusable cumplimiento. Ello, sin embargo, no implica que ante situaciones fácticas de crisis de la pareja more uxorio, el ordenamiento jurídico guarde silencio, pues en casos, como el presente, de actuaciones violentas de alguno de los integrantes de aquélla, puede instarse, como así se ha efectuado en el caso, la adopción de las medidas de protección contempladas en el artículo 544 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tras lo cual, y a los fines de regular de un modo definitivo los efectos civiles dimanantes de tal crisis, quedan abiertos los procedimientos declarativos regulados en el Libro II de la Ley de Enjuiciamiento Civil”.

4. El camino hacia la equiparación de los procedimientos judiciales para regular las situaciones post-ruptura: las cuestiones a decidir

Es claro que si se comparte la idea de que las diferencias de procedimiento entre las parejas casadas y las no matrimoniales carecen de justificación, el paso que se debe dar es eliminarlas. La tarea le corresponde al legislador, dado que no está en manos de los jueces prescindir de las normas de procedimiento, tal y como se han ocupado de recordar las sentencias que han abordado el tema, invocando la naturaleza imperativa de las normas procesales.

Tampoco se dan, en el Derecho español, los requisitos legales para que sea viable la acumulación de acciones, por cuanto que es preciso que la ley no la prohíba en los casos en que se ejerciten determinadas acciones en razón de su materia, o por razón del tipo de juicio que se haya de seguir (SAP Madrid, Sec. 22ª, 10.09.2010, JUR 2010/369060, MP: Eduardo Hijas Fernández).

En el ordenamiento catalán, sin embargo, esta acumulación de acciones está prevista de modo expreso por la Disposición adicional quinta de la Ley del Parlamento de Cataluña 25/2010, de 29 de julio, del Libro II del Código Civil de Cataluña.

Por lo que se refiere al Derecho estatal, debe señalarse que en alguna ocasión se ha defendido la posibilidad de que sea el propio demandante el que, al objeto de obtener un pronunciamiento judicial de conjunto, que abarque no solo las medidas relativas a los hijos comunes, sino también toda la problemática patrimonial y personal derivada de la crisis de pareja, utilice, en vez del cauce del proceso especial del art. 748 en relación con el 770 LEC, los trámites del juicio ordinario, todo ello sin dudarse en ningún momento sobre lo inadecuado que resulta el procedimiento del art. 770 LEC para resolver sobre las compensaciones económicas entre los convivientes (SSAP Madrid, Sec. 22ª, 22.11.2003, JUR 2003/191598, y 10.09.2010, JUR 2010/369060, MP en ambos casos: Eduardo Hijas Fernández).

Declara esta sentencia en su fundamento de Derecho segundo, que es obvio que “la acción relativa a reconocimiento judicial de una compensación económica en favor de uno de los progenitores del menor no tiene encaje posible, a tenor del expuesto acotamiento legal, en el juicio especial sobre custodia y alimentos, lo que, sin embargo, no implica que todas las referidas cuestiones no puedan ser objeto de debate y consiguiente decisión judicial, en un único marco procesal, pero el mismo habrá de ser necesariamente distinto del contemplado en el referido Libro IV”.

De admitirse, de lege data, la anterior posibilidad, ello significaría que el actor tendría dos opciones distintas: la primera, agrupar en un único procedimiento judicial el debate y la resolución de las medidas referentes a los hijos y de las pretensiones económicas entre convivientes; la segunda, iniciar dos procesos diferentes para conseguir que se diriman por separado y en momentos distintos. La discriminación que se viene denunciando continuaría existiendo. Piénsese que no dejaría de darse desigualdad respecto de las parejas casadas, las cuales carecen de la segunda posibilidad.

Los jueces tampoco pueden, ante el problema que nos ocupa, optar por la aplicación analógica a las parejas de hecho de las normas previstas para las parejas casadas, por cuanto que no hay laguna legal alguna, lo que constituye un presupuesto imprescindible para la aplicación analógica de las normas, ex art. 4.1 CC. No hay ausencia de norma aplicable, toda vez que los conflictos suscitados por los convivientes se habrán de ventilar, a falta de una vía específica, acudiendo a las normas generales de la ley procesal, esto es, utilizando los procedimientos generales, en concreto al declarativo que corresponda en función de la cuantía (PÉREZ UREÑA, 2001, p. 38).

Además, hay indicios de que las diferencias procesales entre las parejas casadas y las parejas de hecho por parte de las leyes son intencionadas¹⁶. La doctrina las viene

¹⁶ Expone CASO SEÑAL (2002, p. 144) que no puede interpretarse la ausencia de una regulación específica para las parejas de hecho como un olvido del legislador, pues el Consejo General del Poder Judicial, en su informe al anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil abogó por una modificación de la rúbrica del Título I (“De los procesos sobre capacidad, filiación, matrimonio y menores”) y estimó conveniente extender el marco procesal contenido en su capítulo IV (“De los procesos matrimoniales y de menores”) a

denunciando desde hace tiempo, y los tribunales padeciendo y sorteando en la medida que pueden, y aunque hay peticiones de reforma legislativa, por el momento no ha llegado a producirse modificación alguna, siendo los jueces quienes la reclaman más insistentemente, probablemente porque son ellos quienes perciben más directamente su sinrazón.

En virtud de lo dispuesto en el art. 149, 1, 6ª CE, que atribuye al Estado competencia exclusiva en materia de legislación procesal, “sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas”, corresponde al legislador estatal abordar el problema y reformar las leyes.

Pero aunque la necesidad de la reforma es clara y probablemente se comparta sin dificultades, lo que no es tan claro es cuál debe ser su contenido. Obviamente, se trata de dictar nuevas normas de procedimiento para encauzar las pretensiones dirigidas a regular la situación que se origina tras la ruptura de una pareja, y de que estas normas sean iguales para las parejas matrimoniales y extramatrimoniales.

Ahora bien, quizás la solución adecuada no sea hacer extensivos los actuales procesos matrimoniales a los convivientes de hecho. Este camino debería tomarse sólo en el caso de que su configuración actual merezca una valoración positiva.

Por otro lado, para abordar de modo certero el problema que nos ocupa, se impone con carácter previo decidir varias cuestiones importantes:

En primer lugar, si tratándose de parejas casadas, estas medidas sólo pueden solicitarse en los casos en los que se inicie un proceso dirigido a obtener una sentencia de separación o divorcio.

En segundo lugar, si en el caso de las parejas casadas que inician un proceso de separación o divorcio, las medidas deben establecerse en la misma sentencia que declara la separación o la disolución del matrimonio.

Finalmente, si debe mantenerse (y extenderse a las parejas de hecho) la solución actual consistente en resolver simultáneamente todas las cuestiones, las referentes a los hijos y las concernientes a la propia pareja.

Nos ocupamos a continuación de las tres cuestiones por separado

4.1. Supuestos en los que las parejas casadas deben tener la posibilidad de solicitar medidas judiciales para regular una situación de no convivencia

todas las relaciones jurídicas derivadas del status familiar matrimonial o no matrimonial. Por otro lado, el Consejo de Estado, en su informe, consideró que debería hablarse de procesos sobre la familia más que sobre el matrimonio.

Habitualmente se parte de la idea de que las parejas casadas acuden a un proceso judicial para regular una situación de no convivencia cuando aspiran a obtener la separación o el divorcio. Sin embargo, no hay que olvidar las situaciones de separación de hecho, y tiene cierto sentido que los esposos que dejan de convivir pero que no quieren dar el paso de poner fin formalmente a su relación matrimonial, (ni siquiera de manera temporal, a través de la separación judicial), quieran regular su situación de no convivencia, especialmente si hay hijos menores. Es claro que pueden hacerlo extrajudicialmente, y será lo que con más frecuencia ocurrirá, pero no se les debe negar la posibilidad de que, si lo desean, soliciten la intervención judicial. Se trata de una situación quizás no demasiado frecuente en la práctica, por cuanto que si hay desacuerdo, éste conllevará seguramente la decisión de separarse o divorciarse, pero que no puede descartarse.

Téngase en cuenta que la situación de separación de hecho difiere de la situación de separación judicial, no ya porque la primera no tendrá acceso al Registro civil, mientras que la segunda se inscribirá de oficio (art. 755 LEC¹⁷), sino, sobre todo, porque el estatuto jurídico de la separación judicial y de la separación de hecho no son totalmente coincidentes. La separación judicial origina una serie de efectos que no son aplicables a las situaciones de separación de hecho, como el cese de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica (art. 83 CC), la disolución del régimen económico matrimonial (art. 95. 1 CC), o el nacimiento del derecho a pensión compensatoria (art. 97 CC).

Consecuentemente, pensamos que se debe reconocer de modo expreso y claro en el Código civil el derecho de los esposos a solicitar que los jueces resuelvan sobre cuestiones relativas a los hijos comunes o a ellos mismos, que sean propias de la situación de falta de convivencia, incluso cuando no se ejercite una pretensión de separación o divorcio.

Podría pensarse que de lege data esta posibilidad encuentra como inconveniente los arts. 104 CC y 771.5 LEC, que ordenan la caducidad de las medidas judiciales adoptadas en atención a una futura demanda de nulidad, separación o divorcio, si, dentro del plazo de los treinta días desde que fueron inicialmente adoptadas, no se presenta la demanda ante el juez o tribunal competente. Sin embargo, esa caducidad ordenada por la ley se justifica porque se trata de medidas de carácter interino y provisional, que se dictan en atención a un proceso inminente y justamente para regular la crisis matrimonial, a la espera de que se dicten las medidas definitivas. Cuestión distinta es la posibilidad de adoptar judicialmente y a instancia de parte medidas para regular las situaciones de separación de hecho, que es lo que aquí se propone, y que encuentra algunos argumentos de Derecho positivo a su favor: el art. 70 CC (que prevé el recurso a la autoridad judicial para la fijación del domicilio conyugal en caso de discrepancia), el art. 154, 1º CC (sobre los deberes de los

¹⁷ Dispone el art. 61 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro civil, que entrará en vigor el 30 de junio de 2017, que “El Secretario judicial del Juzgado o Tribunal que hubiera dictado la resolución judicial firme de separación, nulidad o divorcio deberá remitir en el mismo día o al siguiente día hábil y por medios electrónicos testimonio de la misma a la Oficina General del Registro Civil, la cual practicará de forma inmediata la correspondientes inscripción”, añadiendo luego que “La misma obligación tendrá el Notario que hubiera autorizado la escritura pública formalizando un convenio regulador de separación o divorcio”

padres respecto de sus hijos¹⁸), el art. 156, párrafo 2º ¹⁹ y párrafo 5º, (en los que se reconoce la posibilidad de que los padres acudan a la autoridad judicial para que adopte decisiones sobre la patria potestad), el art. 159 CC (que ordena al juez decidir sobre la guarda de los hijos menores cuando los padres vivan separados), o el art. 1393,3º CC, que en los casos de separación de hecho confiere a los cónyuges acción para solicitar una decisión judicial que ponga fin a la sociedad de gananciales. También refrenda nuestra propuesta el art. 84 CC, que contempla la posibilidad de que, no obstante la reconciliación de los esposos legalmente separados, puedan mantenerse mediante resolución judicial, referido a la reconciliación de los esposos judicialmente separados (reconciliación que deja sin efecto lo resuelto en el procedimiento de separación), puedan ser mantenidas mediante resolución judicial las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

4.2. El momento en el que deben establecerse las medidas definitivas reguladoras de la separación o el divorcio

Existe una posición doctrinal favorable a que la pretensión de separación o divorcio propiamente dicha se separe del resto de las pretensiones que se formulan entre los cónyuges y que están dirigidas al establecimiento de las medidas personales referidas a los hijos y de las medidas económicas, tanto respecto de los hijos como entre cónyuges. La tesis es defendida por CALAZA LÓPEZ, sobre la base de diversos argumentos. Razona la autora que en el momento actual la petición de separación o divorcio no admite oposición material, por lo que debería encauzarse siempre y en todo caso a través de la Jurisdicción Voluntaria. No tiene sentido que se tramite necesariamente de modo conjunto con las otras pretensiones, que considera adicionales y que son las verdaderamente conflictivas, lo que determina que retrasen el pronunciamiento sobre la pretensión principal. Su posición favorable a la disgregación de ambos tipos de pedimentos “encuentra su fundamento máximo no solo en la conveniencia de otorgar a los justiciables, en materia matrimonial, una tutela judicial efectiva sin dilaciones indebidas, sino también en la necesidad de reducir la litigiosidad o conflictividad, ante la evidencia de supuestos, por desgracia no

¹⁸ La Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº 180, de 29.07.2015) ha dado nueva redacción a este artículo, que ha quedado como sigue: “Los hijos no emancipados están bajo la patria potestad de los progenitores.

La patria potestad, como responsabilidad parental, se ejercerá siempre en interés de los hijos, de acuerdo con su personalidad, y con respeto a sus derechos, su integridad física y mental.

Esta función comprende los siguientes deberes y facultades:

1º- Velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos y procurarles una formación integral.

2º- Representarlos y administrar sus bienes

Si los hijos tuvieren suficiente madurez deberán ser oídos siempre antes de adoptar decisiones que les afecten.

Los progenitores podrán, en el ejercicio de su función, recabar el auxilio de la autoridad”.

¹⁹ La LJV le ha dado nueva redacción al párrafo 2º del art. 156 CC, que ha quedado redactado como sigue: “En caso de desacuerdo, cualquiera de los dos [progenitores] podrá acudir al Juez, quien, después de oír a ambos y al hijo si tuviera suficiente madurez y, en todo caso, si fuera mayor de doce años, atribuirá la facultad de decidir al padre o a la madre. Si los desacuerdos fueran reiterados o concurriera cualquier otra causa que entorpezca gravemente el ejercicio de la patria potestad, podrá atribuirle total o parcialmente a uno de los padres o distribuir entre ellos sus funciones. Esta medida tendrá vigencia durante el plazo que se fije, que no podrá nunca exceder de dos años”.

poco habituales, en los que la incorporación de pretensiones adicionales a la principal, en el proceso de separación y divorcio, es utilizada, por uno de los cónyuges, como estrategia para dilatar –dado que en el momento actual no podrá ya impedir- la propia separación o el divorcio” (CALAZA LÓPEZ, 2009, p. 81). Por ello propugna diferenciar entre aquellas pretensiones que para su admisión requieren tan solo el cumplimiento de requisitos procesales y aquellas otras que precisan en cambio un enjuiciamiento material, (CALAZA LÓPEZ, 2009, p. 97), esto es, entre la separación o divorcio en sí, y las medidas reguladoras de la nueva situación.

El sistema debe, en efecto, evitar en lo posible el retraso indebido del pronunciamiento que establece el nuevo estado civil, pero no creemos que ello deba hacerse a cualquier precio. Por ello no compartimos la tesis expuesta o, al menos, no totalmente. Aunque a nuestro juicio no hay inconveniente alguno en separar de la pretensión de separación o divorcio, las pretensiones económicas que conciernan exclusivamente a los esposos, como la pensión compensatoria, no puede decirse lo mismo de las medidas concernientes a los hijos, tanto si se refieren a las relaciones personales con sus padres y allegados como al cumplimiento de los deberes económicos por parte de los progenitores. El legislador no debe permitir que se declare la separación o el divorcio sin que se hayan adoptado aquellas decisiones que garanticen la adecuada atención, personal y material, de los hijos menores de edad, idea esta que encuentra como fundamento último el art. 39.2 CE, que atribuye a los poderes públicos la protección integral de los hijos. El interés superior del menor, al que se refiere el art. 2 de la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de protección Jurídica del Menor, y al que ha dado nueva redacción la Ley Orgánica 8/2015, de 22 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia (BOE nº 175, de 23.07.2015), es la razón que impide conceder a los esposos con hijos menores la separación o el divorcio si dicho pronunciamiento no va acompañado de las medidas sobre la forma en que a partir de ese momento se van a cumplir los deberes paterno-filiales: el cuidado y educación de los menores, las relaciones de los progenitores con los hijos, y el deber de mantenimiento.

Por otro lado, y aunque es claro que puede ocurrir que uno de los cónyuges dilate intencionadamente la sentencia que pone fin a la relación matrimonial, no prestándose a llegar a acuerdos, no se puede ignorar que además de la separación y el divorcio de mutuo acuerdo, regulados en el art. 777 LEC, existe la posibilidad del divorcio contencioso, al que se le aplican los trámites del juicio verbal y lo dispuesto en el art. 770 LEC, correspondiendo al juez, en este último caso, adoptar las medidas definitivas (art. 91 CC).

Entendemos, pues, que aunque teóricamente sería posible separar en el tiempo la decisión referente a la pretensión de separación o divorcio propiamente dicha, y el establecimiento de las medidas reguladoras de la situación posterior a la ruptura, ello sería contrario a los intereses de los hijos menores, quienes quedarían sometidos, en aspectos fundamentales para ellos, a una situación de provisionalidad que, una vez finalizada formalmente la relación matrimonial, podría dilatarse excesivamente en el tiempo. Las discrepancias entre los progenitores en lo referente a sus relaciones personales con los hijos y al cumplimiento de sus deberes económicos podrían eternizarse, a lo que se sumaría el hecho, con

frecuencia constatado en la práctica, de que con el paso del tiempo y tras la ruptura, los progenitores son menos proclives al cumplimiento de los deberes respecto de sus hijos.

Por el contrario, si se trata de pretensiones económicas entre los esposos, no habría inconveniente alguno en desvincular del establecimiento del nuevo estado civil de separado o divorciado, al tratarse de una materia disponible y en la que concurren intereses estrictamente privados.

4.3. El necesario debate sobre el establecimiento simultáneo o sucesivo de todas las medidas reguladoras de las situaciones de no convivencia

Tras haber concluido que es preferible que el legislador exija que las medidas relativas a los hijos menores se establezcan necesariamente en el proceso matrimonial, nos ocupamos ahora de reflexionar sobre cuál debe ser la postura de las leyes en lo referente a los derechos entre los cónyuges. ¿Es acertada la solución actual, esto es, la adopción simultánea de todas las medidas reguladoras de la situación de no convivencia, o sería preferible por el contrario permitir o incluso imponer que los derechos de uno de los miembros de la pareja frente al otro se hagan valer en un momento posterior, tras haberse establecido las medidas referentes a los hijos?

Todo indica que el establecimiento conjunto de todas las medidas reguladoras de las crisis de pareja es la solución correcta: está vigente en España desde la Ley 30/1981, de 7 de julio, que modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil y determinó el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio (BOE nº 172, de 20.07.1981) y es igualmente la solución seguida en otros ordenamientos, no sólo para las crisis matrimoniales sino también para el caso de cese de convivencia de parejas estables²⁰.

²⁰ En Italia, de conformidad con lo dispuesto en los arts. 5.6, 6.2 y concordantes de la Ley 01.12.1970, n. 898, de divorcio (*Disciplina dei casi di scioglimento del matrimonio*), reformada por la Ley 06.05.2015, n. 55, mediante la que se ha establecido el llamado divorcio breve, la sentencia que pronuncia la disolución o la cesación de los efectos civiles del matrimonio, establece también, en su caso, la pensión de divorcio, así como las disposiciones relativas a los hijos.

En Francia, los derechos entre los esposos, como la indemnización de daños y perjuicios del art. 266 del *Code civil*, la liquidación y división de bienes o la prestación compensatoria, se resuelven en la misma sentencia de divorcio. En el Derecho francés, la vinculación entre la sentencia que establece el divorcio y la regulación de sus efectos, es muy clara sobre todo en los arts. 232 y 250-1 del *Code*. Dispone el art. 232 en su párrafo 2º que el juez puede negar la homologación de lo acordado por los esposos y no pronunciar el divorcio si constata que el convenio preserva insuficientemente los intereses de los hijos o de uno de los esposos. Por su parte, el art. 250-1 establece que cuando se reúnen las condiciones previstas en el art. 232, el juez homologa el convenio que regula las consecuencias del divorcio y pronuncia éste *en la misma decisión*. Se ordena además la caducidad de la demanda de divorcio en los casos en los que, no habiéndose homologado el convenio, no se presenta uno nuevo en el plazo de seis meses o cuando el juez deniega de nuevo la homologación (art. 250-3).

En Chile, la Ley n. 19.947, de matrimonio civil, modificada en 2013 por la Ley n. 20.680, prevé igualmente la regulación conjunta, en los casos de separación y divorcio, de las relaciones entre los cónyuges y la regulación de las relaciones con los hijos. Esto es así incluso en las separaciones de hecho. El art. 21 de la Ley de matrimonio civil permite a los cónyuges que se separen de hecho, que regulen de común acuerdo sus relaciones mutuas, “especialmente los alimentos que se deban y las materias vinculadas al régimen de bienes del matrimonio”, y exige que, si hubiere hijos, el acuerdo de separación de hecho, “deberá regular también, a lo menos, el régimen aplicable a los alimentos, al cuidado personal y a la relación directa y regular que mantendrá con los hijos aquel de los padres que no los tuviere bajo su cuidado”. A falta de acuerdo, y siempre en los casos de separación de hecho, se reconoce la posibilidad a cualquiera de los

Además, parece ser aceptada por toda la doctrina. No nos consta que sobre este tema se hayan formulado opiniones discrepantes, si bien es cierto que no es un asunto que despierte excesivo interés, quizás porque se estime obvio.

El sentir común de los autores y de los aplicadores del Derecho es que todos los efectos de la ruptura deben ser resueltos conjuntamente. Se invocan razones de economía procesal (PUIG BLANES, 2011, p. 435), pero también de carácter sustantivo, como la relación entre unos efectos y otros (PORRES ORTIZ DE URBINA, 2002, p. 33) o que de esta manera pueden ponderarse los distintos intereses que están en juego (CABALLOL, 2004, P. 89).

La economía procesal es sin duda un argumento correcto, pero no posee carácter absoluto, sino que debe ceder ante razones de mayor peso. Y en cuanto a la relación entre todas las medidas reguladoras de la situación post-ruptura, no es una afirmación generalizable, aunque así se perciba en la práctica judicial, lo que quizás responda más a la exigencia legal de que se dé respuesta en las sentencias de separación o divorcio a todas las cuestiones, que a la existencia de una verdadera relación o dependencia entre todas ellas. Dicho de otro modo: la dependencia entre algunas medidas es un efecto legal, se produce porque la ley exige que se decidan conjuntamente.

Además, la dependencia o relación entre las medidas no significa que éstas no se puedan establecer en momentos temporales distintos. Así, el régimen de cuidado de los hijos menores es uno de los criterios legales para la fijación de la cuantía de la pensión compensatoria (art. 97. 4º CC) y también, según la interpretación jurisprudencial, uno de los presupuestos para su concesión; sin embargo, no por ello el régimen de guarda de los hijos y la pensión compensatoria tienen que adoptarse simultáneamente; bastará con tener en cuenta aquél cuando se establezca la compensación económica a favor del cónyuge en situación de desequilibrio.

Así pues, pese a la relación entre algunas medidas, debe admitirse la posibilidad teórica de que sean adoptadas en momentos sucesivos; distinto es que ello se estime o no acertado.

A fin de emitir un juicio fundado sobre la cuestión que nos ocupa, resulta oportuno establecer distinciones.

-Medidas relativas a los hijos:

cónyuges, de iniciar un procedimiento judicial para reglar las relaciones mutuas o las relaciones con los hijos (art. 23), ordenándose en el art. 24 que "*Las materias de conocimiento conjunto a que se refiere el artículo precedente se ajustarán al mismo procedimiento establecido para el juicio en el cual se susciten*". También se establece la regulación conjunta de todos los efectos de la separación judicial (art. 27) y del divorcio (art. 55)

Dentro del territorio español, pueden verse los arts. 233-2 y 233-4 CCCat, y el art. 5 de la Ley 7/2015, de la Comunidad Autónoma del País Vasco, de relaciones familiares en supuestos de separación o ruptura de los progenitores. Ambos textos optan igualmente por la regulación conjunta de todos los efectos de la ruptura de la pareja.

La relación entre las medidas personales y económicas referidas a los hijos menores está fuera de discusión: el régimen de custodia incide sobre el establecimiento de las pensiones alimenticias a favor de los menores²¹, y la vinculación entre la custodia y la atribución del uso de la vivienda familiar es patente en el art. 96 CC, aparte de que la cesión del uso de la vivienda a favor de los hijos es cumplimiento del deber de mantenimiento de los padres. Consecuentemente, y por las ya invocadas razones de economía procesal, la solución preferible es exigir que todas las medidas relativas a los hijos se adopten conjuntamente. Además, en los casos en los que se haya solicitado la separación o el divorcio, debe hacerse en el mismo proceso matrimonial, por los motivos que se recogen en el anterior apartado.

-Derechos de los miembros de la pareja:

Menos clara es la relación entre los distintos derechos económicos que origina la ruptura de las relaciones de pareja, entre otras cosas porque hay cierta variedad entre las distintas leyes autonómicas. En cualquier caso, la economía en la solución del litigio es una razón de suficiente entidad para defender que la mejor solución es que la ley exija que todos los derechos de contenido económico entre cónyuges o convivientes se resuelvan simultáneamente.

Llegamos así a la cuestión inicialmente planteada, la de si las medidas referentes a los hijos y las pretensiones de uno de los miembros de la pareja frente al otro deben resolverse simultáneamente.

En el caso de las parejas casadas, el art. 90 CC menciona como contenido mínimo del convenio regulador, dos medidas de carácter económico referidas únicamente a los cónyuges: la liquidación del régimen económico matrimonial y la pensión compensatoria. También en las separaciones y divorcios contenciosos, la sentencia establecerá ambos extremos (art. 91 CC), si bien la pensión compensatoria precisa solicitud de parte.

Ahora bien, aunque de la lectura del apartado e) del art. 90 CC se deduce que la liquidación del régimen económico del matrimonio, cuando proceda, es contenido necesario del convenio regulador, en la práctica no siempre es así. Actualmente no es dudoso que la liquidación del régimen económico matrimonial puede muy bien diferirse a un momento posterior, y de hecho es habitual en la práctica que así ocurra (MONTERO AROCA, 2004, p. 187, y ALFONSO RODRÍGUEZ, 2011, P. 492), sin que los jueces consideren ello un obstáculo para la aprobación del convenio regulador, pese a que la ley lo menciona como contenido mínimo del mismo²².

²¹ De este asunto nos ocupamos detenidamente en nuestra monografía *Las obligaciones de mantenimiento entre familiares* (2013), pp. 123-134, disponible en: www.dialnet.es.

²² Las vacilaciones iniciales de los tribunales en relación a este tema pueden verse en MONTERO AROCA (2002), pp. 178-187).

Lo anterior significa que la compensación por el trabajo doméstico del art. 1438 CC, al tratarse de un efecto de la extinción del régimen de separación de bienes²³, no se ha de establecer necesariamente en el convenio regulador, pudiendo muy bien establecerse en un momento posterior, si los propios cónyuges deciden posponer la liquidación del régimen económico del matrimonio.

No ocurre igual, en cambio, con la compensación económica que para el caso de desequilibrio prevé el art. 97 CC. En el Derecho español se viene entendiendo que la pensión compensatoria ha de solicitarse y establecerse necesariamente en el proceso matrimonial. No es algo que esté dicho de modo explícito y claro en la ley, si bien lo da a entender el art. 97 CC que alude en su primer párrafo a la determinación de la pensión compensatoria “en el convenio regulador o en la sentencia”. No se trata, en cualquier caso, de un asunto polémico. La doctrina siempre ha aceptado sin mayores comentarios que tras la sentencia que disuelve el matrimonio, no cabe el planteamiento en vía judicial del derecho a obtener una pensión compensatoria. Lo que sí se ha debatido, en la época en la que la separación judicial era casi siempre un paso previo al divorcio, es si podía determinarse el derecho a la pensión en la sentencia de divorcio en aquellos casos en los que no se hubiera establecido en la anterior sentencia de separación²⁴.

Pero lo que aquí interesa no es la posibilidad de introducir la solicitud de pensión en un proceso de divorcio cuando no se hizo en un anterior proceso de separación, sino algo distinto: la posibilidad de ejercitar el derecho con posterioridad a la sentencia de divorcio, lo que algunos tribunales rechazan al considerarlo un efecto de la cosa juzgada.

Como explica la SAP Ourense, Sec. 1ª, 23.12. 2014 (AC 2014/2389, MP: María José González Movilla), “La cosa juzgada alcanza tanto lo deducido como lo deducible y no deducido en el procedimiento anterior. Esta regla responde, más que a eludir el riesgo de sentencias contradictorias o el “non bis in ídem”, a evitar la multiplicidad de procesos cuando sea posible, racional y más justo, tanto para la sociedad como para los sujetos pasivos de los juicios, resolver un litigio en un solo proceso, con el fin de evitar una reiteración de pleitos sobre el mismo asunto y la disminución del principio de seguridad jurídica en el que se funda la cosa juzgada. Al efecto, el Tribunal Supremo ha venido declarando que no desaparece la consecuencia negativa de la cosa juzgada cuando mediante el segundo pleito se han querido suplir o subsanar los errores alegatorios o de prueba acaecidos en el primero, pues no es correcto procesalmente plantear de nuevo la misma pretensión cuando antes se omitieron pedimentos, no pudieron demostrarse, o el juzgador no los atendió, y que el mantenimiento en el tiempo de la incertidumbre litigiosa, después de una demanda donde objetiva y causalmente el actor pudo hacer valer todos los pedimentos que tenía contra el demandado, quiebra las garantías jurídicas del amenazado y requiere el rechazo de los Tribunales según el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

²³ Así lo defiende, recientemente, GUILARTE MARTÍN-CALERO (2015), no sin advertir que en la práctica judicial la compensación por el trabajo doméstico se viene reclamando en el marco de las crisis conyugales y de la ruptura de las parejas de hecho, y que no hay uniformidad de criterio en la doctrina en cuanto a los casos en los que procede.

²⁴ Esta cuestión está hoy resuelta por el art. 233-14 CCCat, a cuyo tenor “El cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicado, tiene derecho a solicitar en el primer proceso matrimonial una prestación compensatoria...”

Aplicada la anterior doctrina al presente caso, se comparte plenamente el criterio contenido en la resolución recurrida al estimar la excepción de cosa juzgada en la solicitud de una pensión compensatoria en este procedimiento, después de que en el previo proceso de divorcio entablado por el ahora demandado, la aquí demandante y recurrente no hubiera formulado debidamente la petición de pensión compensatoria, mediante reconvencción, lo que determinó el rechazo de la misma.

La petición en el proceso de divorcio podía decirse que se formuló, aunque de manera incorrecta, y esa petición jurídicamente incorrecta equivale a la no petición o reclamación de pensión, intentando subsanarse ahora, también de manera incorrecta, aquella omisión por el cauce procedimental del juicio ordinario formulado únicamente a tal efecto, cuando ya todos los efectos derivados del divorcio habían quedado establecidos. Y lo cierto es que no es posible solicitar así "ex novo" una pensión compensatoria que no se fijó en la sentencia de divorcio. Esto es, en modo alguno viene habilitada la apelante para volver a solicitar una pensión compensatoria que no interesó oportunamente en vía de reconvencción a la demanda de divorcio deducida por su esposo, no pudiendo ahora volver a conocer y resolver nuevamente, con el argumento de que la cuestión replanteada quedó imprejuzgada, cuando quedó cerrada definitivamente la posibilidad por causa imputable exclusivamente a la ahora recurrente, que en el momento procesal oportuno, hizo dejación de la posibilidad de formular demanda reconvenccional en juicio de su derecho a reclamar la pensión compensatoria, no planteándola en legal forma, lo que dio lugar a su rechazo. Las prestaciones económicas derivadas de la ruptura matrimonial fueron definitivamente zanjadas en el procedimiento de divorcio y, por ello, la nueva petición de tal carácter, entonces rechazada, ha de considerarse una cuestión alcanzada por los efectos de la cosa juzgada.

Por tanto, se considera que no cabe estimar el recurso de apelación interpuesto, no pudiendo entrar a conocer del fondo del asunto no sólo por la examinada apreciación de la extensibilidad de la cosa juzgada sino también por la extemporaneidad de la pretensión, careciendo ahora la demandante de acción, pues los artículos 90 y 97 del código Civil se enmarcan en el capítulo IX del Título IV del Libro primero del Código Civil, llevando como rúbrica el capítulo "Los efectos comunes de la nulidad, separación y divorcio", y entre esos artículos se sitúa la posibilidad de solicitar una pensión compensatoria por el cónyuge al que la separación o divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro; por tanto es el propio procedimiento de separación o divorcio el adecuado para reivindicar, en su caso, el otorgamiento de una pensión compensatoria, por ser éste uno de los efectos derivados de la ruptura matrimonial que la separación o el divorcio comportan. Ello se deduce también del artículo 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, regulador de los procedimientos que corresponden al referido Título IV del Libro I del Código Civil, siendo el procedimiento que tales preceptos contemplan el adecuado para pedir, como medida complementaria a la separación o el divorcio, ya sea en vía de demanda principal ya en vía reconvenccional, el establecimiento de la pensión compensatoria provocada por el desequilibrio derivado de la ruptura. Al ser esa medida complementaria del proceso principal, su no reclamación en tiempo y forma puede dar lugar a la alegación que ahora se formula de cosa juzgada a la pretensión de pensión compensatoria, que, si bien no fue propiamente enjuiciada antes, tampoco fue deducida expresamente en el proceso que le era propio, quedando el debate alcanzado por la cosa juzgada como cuestión deducible y no deducida, según se explicó anteriormente, pudiéndose hablar también simplemente de extemporaneidad de la pretensión actual, porque debió ser planteada en su día, en tiempo y forma, en el procedimiento de divorcio".

En definitiva, pese a no establecerse claramente en las leyes sustantivas, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos²⁵, que el derecho a la pensión compensatoria ha de

²⁵ En Italia, el art. 5.6 de la Ley n. 898/1970, en la que se contiene el régimen jurídico de la disolución del matrimonio, art. 233-14 CCCat, que aclara además que la solicitud de pensión compensatoria debe hacerse en el primer proceso matrimonial.

ejercitarse forzosamente en el proceso matrimonial, la jurisprudencia, así como la doctrina (CALAZA LÓPEZ, 2009, p. 151) interpreta que así son las cosas, y que ello es un efecto de la cosa juzgada.

Este estado de cosas puede modificarse mediante una intervención legislativa, mediante una norma que establezca como presupuesto o requisito para la fijación de la pensión compensatoria (tanto en vía judicial como notarial) el previo establecimiento, en sentencia firme, de las medidas aplicables a los hijos.

Está solución tutelaría más eficazmente los intereses de los hijos menores, habida cuenta del conflicto que se da entre sus intereses y los de los propios progenitores.

Sin cuestionar que lo deseable es que sean los propios miembros de la pareja quienes establezcan las reglas por las que se ha de regir la situación posterior a la ruptura, no se puede ignorar que son ellos los que toman las decisiones, por más que éstas tengan que ser aprobadas por el juez. Corresponde a los padres proponer las medidas aplicables a los hijos, tanto personales como patrimoniales, y les corresponde también adoptar las medidas relativas a ellos mismos. Efecto de ello es que las decisiones económicas referentes a los hijos (por ejemplo la fijación de pensiones a su favor) entran en conflicto con las decisiones económicas aplicables a los propios esposos (como el establecimiento de una pensión compensatoria), por cuanto que los recursos económicos del deudor son limitados. Nótese que son los padres quienes distribuyen esos recursos económicos, lo que entraña el riesgo evidente de que se antepongan intereses de los progenitores a los intereses de los hijos, cuando debiera ocurrir lo contrario.

Estimamos que las probabilidades de que los intereses económicos de los progenitores interfieran en los derechos de los hijos son mayores si todas las medidas se acuerdan simultáneamente. El actual sistema hace posible que, por ejemplo, uno de los miembros de la pareja consiga una “pensión compensatoria” a su favor, por una determinada cuantía, incluso si no se dan los requisitos legalmente establecidos para ello, a cambio de aceptar una pensión alimenticia más reducida a favor de los hijos, o de ceder el uso de la vivienda familiar.

Los instrumentos de control que las leyes españolas prevén para tutelar los intereses de los menores de edad en los procesos matrimoniales y de menores no sirven para evitar pactos en que los padres antepongan los intereses propios a los de los hijos. Piénsese que en el ejemplo citado, el juez no entrará siquiera a valorar lo relativo a la pensión compensatoria, porque, no obstante la dicción literal del art. 90, párrafo 2º CC (a cuyo tenor “Los acuerdos de los cónyuges, adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio, serán aprobados por el Juez, salvo si son dañosos para los hijos o *gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges*”), las medidas aplicables a los cónyuges no están sujetas al control judicial, al haberse interpretado que tratándose de acuerdos entre los

cónyuges de contenido patrimonial, ese control judicial carece hoy de justificación²⁶. Y por lo que se refiere a la pensión alimenticia a favor de los hijos, probablemente, y siempre que queden razonablemente cubiertas las necesidades de los menores, el juez la dará por buena. Tampoco la intervención del Ministerio Fiscal, prevista en los procedimientos de separación y divorcio por el art. 777.5 LEC, evitará que las partes adopten acuerdos que perjudiquen a los menores y en concreto que se fijen pensiones alimenticias no acordes con los medios económicos de quien ha de satisfacerlas. En definitiva, salvo que haya una vulneración muy evidente de los derechos de los menores, o que se adopten pactos que vulneren los límites establecidos por el art. 1255 CC, ni la intervención del Ministerio Fiscal ni el control judicial impedirán que quienes celebran el convenio regulador antepongan sus propios derechos económicos a los de los menores.

Pensamos que este riesgo se reduciría separando en el tiempo la adopción de las medidas aplicables a los hijos -que habrían de adoptarse primero, por imperativo legal- y la respuesta a las pretensiones económicas entre los esposos. Para la aprobación de las primeras por el Juez (y para su valoración por el Ministerio Fiscal) se consideraría por supuesto el interés del menor, y en lo relativo al cumplimiento por los progenitores del deber suministrar a los hijos los medios materiales necesarios para atender (de modo amplio) a sus necesidades, se comprobaría la adecuada correspondencia con los medios económicos del pagador, sin tener en cuenta, como actualmente ocurre, otras obligaciones patrimoniales que el propio deudor de los alimentos asume en el mismo acto (con más o menos apoyo legal) frente a su cónyuge. Se trata, en suma, de aislar las decisiones sobre los hijos a fin de que no queden contaminadas por las de los padres.

Se viene entendiendo que cuando por efecto de la crisis matrimonial uno de los cónyuges queda obligado a satisfacer una compensación económica al otro, bien porque la ley lo impone (caso de la pensión compensatoria), bien porque las partes lo acuerdan (los llamados alimentos convencionales), y resulta obligado, además, al pago de pensiones alimenticias a favor de los hijos comunes, la cuantía de todas estas prestaciones debe fijarse simultáneamente, procediéndose de hecho a una especie de reparto o distribución de los recursos económicos del deudor entre todos los sujetos: él mismo, los hijos y el cónyuge perceptor de la prestación. El planteamiento puede aceptarse si tal distribución la realiza un tercero (el juez), quien hay que entender que velará por los intereses de los menores, a los que dará prioridad. Pero las cosas son distintas si son los propios cónyuges los que acuerdan ambos extremos, siendo claro el perjuicio para los menores cuando se pactan, aunque sea bajo la denominación de “pensión compensatoria”, alimentos convencionales a favor de uno de los esposos. Lo que en estas hipótesis estará ocurriendo es que la cuantía de la pensión alimenticia de los hijos estará calculada sobre la base de unos recursos económicos del obligado a su pago que habrán quedado reducidos voluntariamente mediante un acto de disposición a favor del otro progenitor.

²⁶ Textos más modernos como el Código Civil de Cataluña limitan el control judicial a los aspectos no conformes con el interés de los hijos menores (art. 233.3 CCCat).

Este riesgo sería menor si se instaurase un sistema en el que las medidas aplicables a los hijos menores de edad o dependientes económicamente de los padres se adoptasen de modo aislado y con anticipación a los acuerdos aplicables a los miembros de la pareja. La medida de los alimentos a satisfacer a los hijos, que según la ley ha de ser “proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe” (art. 146 CC) vendría determinada por los recursos económicos del obligado, recursos que no estarían mermados por compromisos de pago previos o simultáneos adoptados frente al otro progenitor.

Incluso en el supuesto de que el derecho del progenitor tenga fundamento legal, por darse la situación de desequilibrio y demás presupuestos del art. 97 CC, la solución que defendemos resulta preferible, porque significará dar prioridad a los derechos económicos de los hijos respecto de la del progenitor que se encuentre en una posición de desequilibrio por efecto de la separación o el divorcio.

Cabe añadir que la posposición del ejercicio de las pretensiones económicas entre convivientes no es algo totalmente ignorado por el Derecho español vigente. Está admitido que el régimen económico matrimonial puede liquidarse con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio.

La diferencia importante que se produciría en la práctica, en el caso de acogerse la propuesta que se formula, es que el derecho a la pensión compensatoria tendría que ejercitarse con posterioridad a la sentencia de separación o divorcio. Es claro que a fin de proteger al cónyuge deudor de la pensión, el plazo de ejercicio del derecho debería ser bastante reducido.

La propuesta de separar los derechos que nacen entre los cónyuges por efecto de la ruptura es igualmente válida y oportuna para las parejas de hecho porque las razones que nos llevan a formularla se dan tanto en caso de ruptura de una pareja casada como extramatrimonial. Si proponemos que se desliguen por imperativo legal las medidas aplicables a los hijos y las pretensiones económicas de los miembros de la pareja, es porque ello se estima necesario para proteger más eficazmente los derechos de los hijos, impidiendo en lo posible que haya cesiones entre los progenitores que perjudiquen a los menores, en aras a conseguir ventajas económicas para ellos mismos y dando prioridad a los derechos económicos de los hijos respecto de los de los padres.

5. Conclusiones

1ª- Las parejas casadas y las parejas de hecho deben disponer de los mismos cauces procesales para ejercitar las pretensiones que se derivan de su ruptura y para establecer las medidas aplicables a los hijos en caso de no convivencia de los progenitores. Las diferencias que actualmente existen en las leyes procesales españolas carecen de justificación y deben ser eliminadas.

2ª- El legislador debería establecer de modo expreso y claro y con carácter general, el derecho de cualquiera de los padres a iniciar un proceso judicial en el que se fijen las medidas necesarias para regular las relaciones de los padres con sus hijos menores de edad en situaciones de no convivencia. El procedimiento habrá de ser el mismo para los padres casados y para los no casados y los primeros podrán iniciarlo incluso si no ejercitan pretensión alguna de separación, nulidad o divorcio. El dato decisivo y relevante a tal fin debe ser, simplemente, la situación de falta de convivencia de los progenitores de hijos menores de edad.

3ª- La sentencia de separación, nulidad o divorcio de personas que tengan descendientes comunes menores de edad, deberá contener en todo caso los pronunciamientos necesarios sobre la forma en la que, tras la ruptura, se cumplirán los deberes paterno-filiales. A falta de acuerdo de los cónyuges, o de petición de parte, el juez adoptará de oficio las medidas pertinentes.

Por el contrario, y a diferencia de lo que ocurre en el Derecho vigente, las sentencias de separación y divorcio no deberían contener pronunciamiento alguno sobre los derechos económicos de los cónyuges, ni siquiera si hay acuerdo entre ellos. Debe ordenarse que la liquidación del régimen económico matrimonial y la fijación en su caso de compensaciones económicas a favor de uno de los cónyuges se efectúe en un momento posterior, bien en escritura pública, o bien, a falta de acuerdo, en vía judicial. Se evitaría así el conflicto de intereses entre los derechos de los hijos y los de los cónyuges y se dará prioridad a los primeros. Las medidas relativas a los menores dejarían de estar influenciadas por las aspiraciones patrimoniales de sus padres. Los menores estarían mucho más protegidos de lo que lo están actualmente, sobre todo si ello va a acompañado de un control judicial efectivo.

4ª- Las parejas no casadas, además de la posibilidad de acudir a la vía judicial para que se establezcan las medidas relativas a los hijos comunes menores de edad, pueden también, obviamente, ejercitar en vía judicial pretensiones económicas derivadas del cese de la convivencia. Al igual que en el caso de las parejas casadas, sus derechos sólo podrán reconocerse una vez que se hayan regulado las relaciones paterno filiales, lo que podrá realizarse de oficio.

Las conclusiones anteriores son únicamente un esbozo de las ideas generales que pensamos que deben inspirar una reforma legislativa sobre la materia. No se pretende, en absoluto, agotar el tema, que somos conscientes de que tiene muchas implicaciones y aspectos no tratados. Lo que se propugna, en esencia, es diferenciar las materias indisponibles (las referentes a los menores, en las que concurre un interés general) y las materias disponibles (las relativas a los miembros de la pareja, en las que concurren intereses estrictamente privados), al tiempo que unificar, en lo que se refiere a los procedimientos, las soluciones aplicables a la ruptura de las parejas matrimoniales y extramatrimoniales, partiendo de la base de que las diferencias actuales carecen de sentido.

Pero no se trata, sin más, de hacer extensivos a las parejas de hecho los procedimientos matrimoniales, como hasta ahora se ha propuesto (CALVÉ CORVALÁN, 2005, p. 235), sino de abrir un debate más amplio, y exento de ideas preconcebidas, acerca de cuáles son las respuestas coherentes con el sistema de divorcio vigente en España, con el principio de igualdad y con el deber de los poderes públicos de proteger a los menores.

6. *Tabla de jurisprudencia citada*

Tribunal Constitucional

| <i>Sala y Fecha</i> | <i>Referencia</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|---------------------|-------------------|---------------------------|
| Pleno, 23.04.2013 | RTC 2013/93 | Adela Asua Batarrita |

Tribunal Supremo

| <i>Sala y Fecha</i> | <i>Referencia</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|---------------------|-------------------|---------------------------|
| 1ª, 30.12.2000 | RJ 2000/10385 | Alfonso Villagómez Rodil |
| 1ª, 27.03.2001 | RJ 2001/4770 | José Almagro Nosete |

Audiencias Provinciales

| <i>Sala y Fecha</i> | <i>Referencia</i> | <i>Magistrado Ponente</i> |
|-----------------------------------|-------------------|-----------------------------|
| SAP Madrid, Sec. 22ª, 22.11.2003 | JUR 2003/191598 | Eduardo Hijas Fernández |
| SAP Girona, Sec. 2ª, 09.01.2004 | JUR 2004/60908 | José Isidro Rey Huidobro |
| SAP Ourense, Sec. 1ª, 04.02.2004 | JUR 2004/117243 | Josefa Otero Selvane |
| SAP Murcia, Sec. 1ª, 07.09.2004 | JUR 2005/70538 | Álvaro Castaño Peñalva |
| SAP Girona, Sec. 1ª, 14.12.2004 | JUR 2005/29216 | Fernando Ferrero Hidalgo |
| SAP Madrid, Sec. 22ª, 22.02.2005 | JUR 2005/84868 | Eduardo Hijas Fernández |
| SAP Albacete, Sec. 1ª, 01.09.2005 | JUR 2005/237171 | Manuel Mateos Rodríguez |
| SAP Palencia, Sec. 1ª, 07.12.2005 | AC 2005/2370 | Ignacio Javier Ráfol Pérez |
| SAP Las Palmas, S. 3ª, 28.04.2006 | JUR 2006/199084 | Ildefonso Quesada Padrón |
| SAP Murcia, Sec. 5ª, 23.01.2007 | JUR 2007/255126 | Miguel Ángel Larrosa Amante |
| SAP Murcia, Sec. 4ª, 11.03.2009 | JUR 2009/332892 | Juan Martínez Pérez |

| | | |
|------------------------------------|-----------------|---------------------------------|
| SAP Madrid, Sec. 22ª, 10.09.2010 | JUR 2010/369060 | Eduardo Hijas Fernández |
| SAP Alicante, Sec. 9ª, 07.02.2011 | JUR 2011/161575 | Encarnación Caturla Juan |
| SAP Valencia, Sec. 10ª, 18.07.2011 | JUR 2011/338483 | María Pilar Manzana Laguarda |
| SAP Valencia, Sec. 10ª, 03.02.2012 | JUR 2012/162297 | Ana Delia Muñoz Jiménez |
| SAP Málaga, Sec. 6ª, 16.05.2012 | JUR 2012/332687 | José Javier Díez Núñez |
| SAP Madrid, Sec. 22ª, 12.03.2013 | JUR 2013/158122 | Rosario Hernández Hernández |
| SAP Valladolid, S. 1ª, 22.04.2013 | JUR 2013/200838 | Francisco Salinero Román |
| SAP Alicante, Sec. 9ª, 10.09.2013 | JUR 2013/320145 | Vicente Ataulfo Ballesta Bernal |
| SAP Ourense, Sec.1ª, 23.12.2014 | AC 2014/2389 | Mª José González Movilla |
| SAP Baleares, Sec.4ª, 02.06.2014 | JUR 2014/186981 | Miguel Ángel Aguiló Monjo |
| SAP Segovia, Sec. 1ª, 19.02.2015 | JUR 2015/94430 | Francisco Salmerón Román |

7. Bibliografía

María Elvira ALFONSO RODRÍGUEZ (2011), Comentario a los artículos 90 y 91 del Código Civil, en Ana CAÑIZARES y otros (Dirs.), *Código Civil comentado*, vol. I, pp. 488-498, Civitas Thomson Reuters, Navarra.

Joaquín María ANDRÉS JOVEN (2003), “Heterogeneidad de derechos, acumulación de acciones y de procesos”, en ORTUÑO MUÑOZ (Dir.), *Las uniones estables de pareja*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 221-242.

Lluís CABALLOL ANGELATS (2004), “Dimensió processal de la ruptura de les unions estables de parella”, *Revista catalana de Dret privat*, IEC, vol. 3, pp. 67-92.

Sonia CALAZA LÓPEZ (2009), *Los procesos matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Dykinson, Madrid.

César Zenón CALVÉ CORBALÁN (2005), “Estudio sistemático de los procesos especiales sobre matrimonio y menores”, en *Análisis crítico de la Ley de Enjuiciamiento civil: propuestas de mejora*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 231-278.

Mercedes CASO SEÑAL (2002), “Las uniones de hecho en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil”, en: *Cuestiones de familia en la nueva Ley de Enjuiciamiento civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 107-145.

Mercedes CASO SEÑAL (2005), “Efectos de la ruptura de la pareja de hecho en relación a los menores y en relación a la vivienda. Situación procesal de la extinción de las uniones extramatrimoniales. Parejas de hecho y órdenes de protección”, en Encarnación ROCA TRÍAS (Dir.), *Estudio comparado de la regulación autonómica de las parejas de hecho: soluciones armonizadoras*. Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 245-291.

José Javier DÍEZ NÚÑEZ (2008), “Problemas procesales en los procedimientos de familia”, en: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ, *Presente y futuro del Derecho de Familia*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid.

Cristina GUILARTE MARTÍN-CALERO (2015), “De nuevo sobre la compensación por el trabajo doméstico: una reflexión crítica sobre la línea jurisprudencial actual”, *Revista de Derecho de Familia: Doctrina, Jurisprudencia, Legislación*, n. 68, pp. 55-78.

José María ILLÁN FERNÁNDEZ (2005), *Los procedimientos de separación, divorcio y nulidad matrimonial en la Ley de Enjuiciamiento civil*, 3ª ed., Thomson-Aranzadi, Navarra.

Miguel LÓPEZ-MUÑOZ GOÑI (1994), *Las uniones paramatrimoniales ante los procesos de familia*, Colex, Madrid.

Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE Y ALDAZ (2008), “El nuevo matrimonio civil”, en: Carlos MARTÍNEZ DE AGUIRRE (dir.), *Novedades legislativas en materia matrimonial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 15-58.

Juan MONTERO AROCA (2002), *El convenio regulador en la separación y en el divorcio (la aplicación práctica del artículo 90 del Código Civil)*, Tirant lo Blanch, Valencia.

María Luisa MORENO-TORRES HERRERA (2013), *Las obligaciones de mantenimiento entre familiares*, Dykinson, Madrid. Disponible en: www.dialnet.es

Juan PANISELLO MARTÍNEZ (2011), Comentario a los arts. 232-1 a 232-38 del Código civil de Cataluña, en: Francisco de Paula PUIG BLANES y Francisco José SOSPEDRA NAVAS (coords.), *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo I, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, pp. 300-364.

Antonio PÉREZ MARTÍN (2003), “Problemas procesales más frecuentes en la jurisprudencia de las Audiencias Provinciales”, en *Las uniones estables de pareja*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, pp. 245-267.

Antonio Alberto PÉREZ UREÑA (2001), “Las uniones de hecho ante los nuevos procesos civiles”, *Revista de Derecho de Familia*, n. 13, pp. 22-43.

Eduardo PORRES ORTIZ DE URBINA (2002), “Uniones de hecho”, *Boletín del Ministerio de Justicia* nº 1914, Ministerio de Justicia, pp. 5-34.

Francisco de Paula PUIG BLANES (2011), Comentario al artículo 234 del Código Civil de Cataluña, en: Francisco de Paula PUIG BLANES y Francisco José SOSPEDRA NAVAS (coords.), *Comentarios al Código civil de Cataluña*, Tomo I, Civitas Thomson Reuters, Pamplona, pp. 416-436.

Blanca SILLERO CROVETTO (2014), *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*. Editorial Juruá, Lisboa.

Dolors VIÑAS MAESTRE (2007), “Uniones estables de Pareja. Regulación procesal y uso del domicilio”, *Indret*, 1/2007 (www.indret.com).