



**Universidad de Jaén**

Facultad de Ciencias Sociales  
y Jurídicas

**TRABAJO FIN DE GRADO**

# **EL DIVORCIO**

**SUSANA MEMBRIVES PÉREZ**

**MAYO, 2019**

## **RESUMEN:**

El presente trabajo estudia la figura del divorcio, una de las crisis matrimoniales que según el Instituto Nacional de Estadística ha aumentado considerablemente en nuestro país, y mi investigación se centra desde un punto de vista procedimental. Se inicia con un análisis de los antecedentes legales del divorcio en España y las reformas que ha sufrido y evolución hasta la actualidad. Continuamos citando las diferentes autoridades a las que poder acudir en caso de divorcio y sus peculiaridades, así como los efectos y medidas que afectan a la disolución matrimonial. Dedicamos un epígrafe a los trámites procesales específicos del divorcio en caso de violencia de género. Se plantea la mediación familiar como una medida alternativa al divorcio, y se concluye desarrollando las posibilidades del divorcio en la Unión Europea, los procedimientos a seguir entre cónyuges de diferentes Estados, y el órgano competente para conocer y la ley aplicable en cada caso.

## **ABSTRACT:**

This paper studies the concept of divorce, one of the marriage crises that according to the National Institute of Statistics has increased considerably in our country, and my research focuses on a procedural point of view. It begins with an analysis of the legal history of divorce in Spain and the reforms that it has undergone and has evolved to this day. We continue to cite the different authorities to which to turn in case of divorce and its peculiarities, as well as the effects and measures that affect the dissolution of marriage. We devote a heading to the specific procedural procedures of divorce in cases of gender violence. Family mediation is envisaged as an alternative to divorce, and is concluded by developing the possibilities of divorce in the European Union, the procedures to be followed between spouses from different states, and the body competent to know and the law applicable in each case.

## **PALABRAS CLAVE:**

Divorcio, comunicación, hijos, cambio, familia, mediación, medidas provisionales, medidas definitivas, proceso contencioso, proceso mutuo acuerdo.

Divorce, communication, son, changes, family, mediation, provisional measures, definitive measure, adversarial proceeding, mutual agreement proceeding.

## ABREVIATURAS

<b>AP</b>	Audiencia Provincial
<b>Art.</b>	Artículo
<b>BOE</b>	Boletín Oficial del Estado
<b>Cc</b>	Código Civil
<b>CCAA</b>	Comunidad Autónoma
<b>CE</b>	Constitución Española de 1978
<b>CGPJ</b>	Consejo General del Poder Judicial
<b>Ed.</b>	Editorial
<b>JVS</b>	Juzgado de Violencia Sobre la Mujer
<b>LAJ</b>	Letrado de la Administración de Justicia
<b>LEC</b>	Ley de Enjuiciamiento Civil
<b>LECrim</b>	Ley de Enjuiciamiento Criminal
<b>LJV</b>	Ley de Jurisdicción Voluntaria
<b>LMF</b>	Ley de Mediación Familiar
<b>LO</b>	Ley Orgánica
<b>LOPJ</b>	Ley Orgánica del Poder Judicial
<b>MF</b>	Ministerio Fiscal
<b>Núm.</b>	Número
<b>Párr.</b>	Párrafo

<b>P.</b>	Página
<b>Pág.</b>	Página
<b>Pp.</b>	Páginas
<b>R.</b>	Reglamento
<b>Rec.</b>	Recurso
<b>Ref.</b>	Referencia
<b>Ss</b>	Siguientes
<b>TFG</b>	Trabajo fin de Grado
<b>TS</b>	Tribunal Supremo
<b>UE</b>	Unión Europea
<b>Vol.</b>	Volumen

# ÍNDICE:

<b>1. ANTECEDENTES LEGALES Y MODIFICACIONES DEL DIVORCIO EN ESPAÑA</b>	
1.1. Concepto	pág. 1
1.2. Orígenes del Divorcio en España y evolución	pág. 2
<b>2. DIVORCIO PROCESAL DECRETADO POR AUTORIDAD JUDICIAL O POR AUTORIDAD NOTARIAL</b>	
2.1. Legitimación para el divorcio	pág. 3
2.2. Divorcio procesal decretado por autoridad judicial	pág. 4
2.2.1. Divorcio de mutuo acuerdo: convenio regulador	pág. 4
a) Con hijos menores no emancipados o capacidad modificada judicialmente	pág. 4
b) Sin hijos menores o mayores de edad con capacidad modificada judicialmente	pág. 5
2.2.2. Divorcio contencioso	pág. 7
2.3. Divorcio decretado por autoridad notarial	pág. 10
<b>3. ASPECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO</b>	
3.1. Introducción	pág. 12
3.2. Medidas previas o provisionalísimas	pág. 13
3.3. Medidas provisionales durante la sustanciación del procedimiento	pág. 15
3.4. Medidas definitivas	pág. 17
3.4.1. Contenido de medidas definitivas	pág. 17
3.4.2. Modificación de medidas definitivas	pág. 18
3.4.3. Cuestiones excluidas de la modificación de medidas	pág. 21

## **4. DIVORCIO EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

- 4.1. Introducción pág. 21
- 4.2. Excepción temporal para la presentación de divorcio en casos de violencia de género pág. 22
- 4.3. Competencia objetiva y funcional de los Juzgados de Violencia de Género para conocer del proceso de divorcio pág. 23
- 4.4. Medidas del divorcio en supuestos de violencia de género pág. 26
  - 4.4.1. Medidas previas pág. 26
  - 4.4.2. Medidas coetáneas a la demanda pág. 27
  - 4.4.3. Medidas definitivas pág. 28

## **5. MEDIDAS ALTERNATIVAS AL DIVORCIO: MEDIACIÓN FAMILIAR**

- 5.1. Introducción pág. 29
- 5.2. Principios generales de la mediación familiar pág. 30
- 5.3. El procedimiento de mediación familiar pág. 31
  - 5.3.1. Sesión previa o informativa pág. 31
  - 5.3.2. Sesión constitutiva: contrato de mediación pág. 32
  - 5.3.3. Duración y conclusión del contrato de mediación pág. 33
  - 5.3.4. Ejecución del acuerdo a través de la mediación: homologación judicial pág. 34

## **6. EL DIVORCIO EN LA UNIÓN EUROPEA**

- 6.1. Competencia pág. 36
- 6.2. Ley Aplicable pág. 37
- 6.3. Reconocimiento y ejecución pág. 38

## **7. CONCLUSIONES** pág. 39

## **8. BIBLIOGRAFÍA** pág. 42

## **9. JURISPRUDENCIA** pág. 45

## 1. ANTECEDENTES LEGALES Y MODIFICACIONES DEL DIVORCIO EN ESPAÑA

### 1.1. Concepto

El divorcio es una de las crisis matrimoniales, junto con la separación y la nulidad matrimonial, y supone la disolución de un matrimonio que fue válidamente constituido independientemente de la forma, ya sea civil o religiosa, y del momento. El divorcio se encuentra regulado en el art. 85 del Cc<sup>1</sup>, en virtud de la Ley 30/1981 de 7 de Julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Cc.

*“La disolución del matrimonio implica la extinción del vínculo válidamente constituido, y ello amparándose en una causa posterior sobrevenida. Consuma el deseo de borrar una relación que ha devenido inviable, donde la vida en común no existe, donde, como dice DIEZ PICAZO, se ha frustrado la función social que al matrimonio le asigna el Ordenamiento Jurídico”*<sup>2</sup>. Por tanto el matrimonio es válido y produce efectos hasta el momento de su disolución y estos efectos son ex nunc<sup>3</sup>. La diferencia que existe respecto a la nulidad matrimonial, es que en ella no existía un matrimonio válidamente celebrado en el momento de la celebración, toda vez que la faltaba la capacidad, el consentimiento o la forma y por tanto la sentencia de nulidad tiene efectos retroactivos. Sin embargo la separación matrimonial, es una separación de hecho e implica que subsiste el vínculo matrimonial.

El matrimonio canónico no se disuelve a consecuencia del divorcio, decretado por un Juez en la jurisdicción civil, sino que tiene que darse las causas previstas para la disolución por el Derecho canónico, de manera que el matrimonio canónico subsiste, aunque los efectos civiles quedan privados a partir de la firmeza de la sentencia de divorcio civil. Ante el Estado no están casados, pero ante el Derecho canónico siguen casados y por ellos no pueden volver a contraer un nuevo matrimonio canónico sin disolverlo antes por algunas de las causas previstas en el Derecho canónico. Hay una peculiaridad en el matrimonio canónico y es que conoce un motivo de disolución del matrimonio y es el matrimonio rato o no consumado reconociéndole efectos civiles y así se regula en el art. 80 Cc<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> Art. 85 Cc *“El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”*.

<sup>2</sup> O’Callaghan Muñoz, X; García Carreres, M.R; Gavilán López, J; González Poveda, P; López-Muñiz Criado, C, y Peña García, C. (2001) *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio. Aspectos sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A, p. 208.

<sup>3</sup> Art. 89 Cc *“Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil.”*

<sup>4</sup> Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Gazeta de Madrid, núm. 206, de 25 de Julio de 1889).

## 1.2. Orígenes del Divorcio en España y su evolución

En España en el año 654 el divorcio se admitía en casos extremos como casos de sodomía por parte del marido, prostitución y adulterio de la mujer, eso fue aprobado por el Rey Visigodo Recesvinto, conocido como el Liber Iudiciorum. Posteriormente en el SXIII las Siete Partidas de Alfonso X el Sabio lo eliminaron.

Con la llegada a la Península Ibérica de los musulmanes se introdujo la poligamia, empezando con ello a cambiar la situación familiar.

En el año 1870 se introdujo la figura del divorcio en la que solamente implicaba la separación por parte de los cónyuges, denominado "*divorcio no vincular*"<sup>5</sup>.

Fue con la Constitución de 1931 cuando el divorcio se reconoció en España por primera vez en la Segunda República y la primera Ley que lo reguló fue la Ley de Divorcio de 1932<sup>6</sup> a pesar del descontento y la contrariedad de la Iglesia Católica y de algunas minorías políticas. El divorcio lo podían solicitar ambos cónyuges, o uno de ellos, si aparecían algunas de las causas reguladas en dicha Ley, en la que se desarrollaba los trámites y el procedimiento a seguir respecto de los hijos y bienes del matrimonio.

Éste divorcio apenas perduró en nuestros días con el estallido de la Guerra Civil Española en el año 1936, suspendiendo los efectos del divorcio a través del Decreto de 2 de marzo de 1938 y con la llegada de Franco al poder, en el año 1939 abolió la Ley de divorcio en su dictadura, y dispuso la nulidad de todos los divorcios que se habían dictado por Tribunales civiles aunque hubieran o no contraído posteriormente los esposos nuevamente matrimonio al amparo de la derogación de la Ley.

No fue entonces hasta la transición donde nuevamente España aprobó una nueva Ley de divorcio en el 1981<sup>7</sup>, el que surge un nuevo derecho de poder divorciarse las parejas y se mantendrá y evolucionará hasta nuestros días. Esto supuso un gran cambio en la sociedad y un gran avance en la democracia del Estado. En el art. 32 de la CE<sup>8</sup> estableció su regulación.

En el año 2005 se reformó nuevamente la Ley de divorcio de 1981 para intentar conseguir un divorcio libre y agilizar los trámites, calificándose como el "*divorcio exprés*". Ésta

---

<sup>5</sup> Ley Provisional del Matrimonio Civil, (Gazeta de Madrid, núm.172, de 21 de Junio de 1870). Y establece en el art. 1 que expresa "*el matrimonio es, por su naturaleza, perpetuo e indisoluble*", y el art. 83 expresa "*el divorcio no disuelve el matrimonio, suspendiendo tan sólo la vida común de los cónyuges y sus efectos. Igualmente prohibía la separación convencional de hecho, exigiendo el mandato judicial*".

<sup>6</sup> Ley de divorcio de 12 de Marzo de 1932. (Gazeta de Madrid, núm. 72, de 11 de Marzo de 1932).

<sup>7</sup> Ley 30/1981 por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio. (BOE, núm. 172, de 20 de julio de 1981).

<sup>8</sup> Constitución Española de 1978 (BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).



nueva modificación te permitía solicitar el divorcio sin tener que acudir previamente a la separación, eliminando desde entonces el delito de abandono del hogar, aunque sí existe la obligación de los cónyuges de manutención de los descendientes o personas que dependan de los mismos debiendo regularse todo ello en el convenio regulador.

De este modo se consiguió agilizar los trámites del divorcio, pero para que fuera tan rápido era necesario un requisito y era que ambos cónyuges se divorciaran por mutuo acuerdo. En caso contrario de que ambos cónyuges no estén de acuerdo en la disolución matrimonial el procedimiento se ralentiza.

## **2. DIVORCIO PROCESAL DECRETADO POR AUTORIDAD JUDICIAL O POR AUTORIDAD NOTARIAL**

### **2.1. Legitimación para el divorcio**

A partir de la reforma con la entrada en vigor de la nueva Ley en el año 2005<sup>9</sup>, se estableció que el divorcio podía solicitarlo cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de alegar ninguna causa legal de las recogidas con anterioridad y tampoco era necesario que hubiera una falta de convivencia conyugal, únicamente basta con que uno de los cónyuges no quiera continuar casado, sin que la parte contraria pueda oponerse a dicha petición por motivos personales, y en cualquier caso tampoco podrá el Juez rechazar tal solicitud sino únicamente por algún motivo procesal. Toda esta normativa se ha desarrollado respetando el libre desarrollo de la personalidad, garantizado en el art. 10.1 CE.

Están legitimados para interponer la demanda de divorcio los cónyuges, pudiendo hacer la petición *“uno solo de los cónyuges, ambos o uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”*<sup>10</sup>. En virtud de éste artículo el Juez deberá decretar el divorcio, y el demandado únicamente puede formular la reconvencción en el caso de darse alguno de los supuestos legales recogidos en el art.770.2 LEC<sup>11</sup>.

Una de las causas que producen la extinción del divorcio es la reconciliación por los cónyuges, *“que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda”*<sup>12</sup>, debiendo las partes comunicárselo al Juez competente que estuviere conociendo del procedimiento de divorcio. En el caso de que los cónyuges se reconcilien

---

<sup>9</sup> Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (BOE, núm. 163, de 9 de Julio de 2005).

<sup>10</sup> Art. 86 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, núm. 206 de 25 de julio de 1889, p. 34).

<sup>11</sup> Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE, núm. 7, de 08 de Enero de 2000).

<sup>12</sup> Díez Picazo, L y Gullón Ballesteros, A. (2018), “La disolución del matrimonio” *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Vol. IV. Tomo I, Ed. Duodécima. Editorial Tecnos, p.103.

con posterioridad a haber recaído sentencia firme de divorcio, la única posibilidad de reconciliación es volver a contraer nuevamente matrimonio. Igualmente el divorcio se extingue con la muerte de cualquiera de los cónyuges.

## **2.2. Divorcio procesal decretado por autoridad judicial**

### **2.2.1. Divorcio mutuo acuerdo: convenio regulador**

#### **a) Con hijos menores no emancipados o capacidad modificada judicialmente**

En el supuesto que se trate de un divorcio consensual, pero existan hijos menores que no se encuentren emancipados o incapaces que dependan de sus padres, el divorcio se decretará por sentencia judicial dictada por el Juez competente, que en éstos supuestos la competencia la tiene los Juzgados de Primera Instancia del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los cónyuges, debiendo presentar junto con la solicitud, la certificación literal de matrimonio y de nacimiento de cada uno de los hijos en su caso, y la propuesta del convenio regulador<sup>13</sup>. El Juez puede revisar el contenido del convenio regulador, así como el Ministerio Fiscal que interviene en interés de los menores o incapaces.

Se exige para la solicitud de divorcio que hayan transcurrido tres meses desde que tuvo lugar la celebración de matrimonio, salvo “cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio”<sup>14</sup> debiendo en éste caso acudir a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, que son el órgano competente para conocer en éstos supuestos.

Una vez que se ha admitido la demanda de divorcio, el Letrado de la Administración de Justicia deberá citar por separado a los cónyuges para que se ratifiquen en su solicitud dentro de los tres meses siguientes a la presentación de la misma, “que deberán manifestar ante el mismo la voluntad inequívoca de divorciarse”<sup>15</sup>. En el caso de que alguno de ellos

---

<sup>13</sup> Art. 90 Cc. “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos. b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos. c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar. d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso. e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio. f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges. 2. Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges”.

<sup>14</sup> Art. 81.2 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (BOE, núm. 206 de 25 de julio de 1889).

<sup>15</sup> Sánchez Calero, F.J. (2017), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Ed. 8ª, ed. Tirant lo Blanch p.113.

no se ratificare, el LAJ acordará el archivo de los autos, pudiendo promover cualquiera de los solicitantes los trámites del divorcio contencioso<sup>16</sup>.

En el supuesto de que se ratifique la solicitud por los dos cónyuges, se practicarán las pruebas que hayan propuesto ambas partes, así como las que el Juez estime pertinentes para que concurran todos los requisitos que exige la Ley. Asimismo en el caso de que hubiere menores o personas con discapacidad intervendrá el Ministerio Fiscal en su defensa emitiendo informe oportuno respecto de los mismos, recabando incluso si fuere necesario la intervención del Equipo Técnico Judicial o incluso del menor si tuviera juicio suficiente para formular las alegaciones oportunas respecto del convenio regulador que le afecten.

Una vez que se haya cumplido lo mencionado anteriormente o una vez que se ratifiquen los cónyuges, el Juez dictará sentencia resolviendo sobre la concesión<sup>17</sup> o denegación<sup>18</sup> del divorcio y se pronunciará, en su caso, sobre el convenio regulador. Si la sentencia que ha recaído no se pronunciare respecto algún punto propuesto por las partes en el convenio, se le concederá a éstas un plazo de diez días para presentar uno nuevo. En el caso de que transcurra el plazo anteriormente citado y las partes no presentaren el nuevo convenio regulador el Juez resolverá por auto lo que estime pertinente.

Según lo dispuesto en la LEC, la sentencia que resuelve sobre el divorcio solicitado y el auto que resuelve sobre alguna medida que se haya apartado de los términos dispuestos en el convenio regulador propuesto por las partes será susceptible de recurso de apelación aunque el recurso interpuesto contra el auto que resuelve sobre las medidas no tiene efectos suspensivos. Si por el contrario la sentencia o auto aprueban todas las propuestas solicitadas por las partes en el convenio regulador, únicamente podrá recurrirse por el Ministerio Fiscal para actuar en defensa de los hijos menores o personas con discapacidad.

#### **b) Sin hijos menores o mayores de edad con capacidad modificada judicialmente**

Con la entrada en vigor de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria en el año 2015<sup>19</sup>, se introdujo una novedad atribuyendo determinadas competencias judiciales que con anterioridad se atribuían con carácter exclusivo a los Juzgados y Tribunales de orden jurisdiccional civil. Con ésta novedad se le atribuye competencia a los Letrados de la

---

<sup>16</sup> En éste sentido se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 7 de Noviembre de 2018, núm. 615/18, rec. 12208/2018 (RJ 2018\4748), al no haberse ratificado por uno de los cónyuges el divorcio de mutuo acuerdo, no acudiendo uno de ellos a su ratificación, dictándose por tanto el archivo del procedimiento y la posterior demanda por vía contenciosa.

<sup>17</sup> En éste sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5ª), de 7 de Febrero de 2005, rec. 361/2000, (JUR 2003\174651).

<sup>18</sup> En éste sentido se pronuncia la Sentencia de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), de 17 de Enero de 2013, núm.26/13 (JUR 2013\60122).

<sup>19</sup> Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. (BOE, núm. 158, de 3 de Julio de 2015).

Administración de Justicia, Notarios o Registradores, para tramitar determinados expedientes en los que no exista conflictividad entre las partes. Entre ellos podemos destacar el divorcio consensual o de mutuo acuerdo entre las partes cuando no existan hijos menores o incapaces dependientes de los mismos. Está sometido a la libre voluntad de las partes.

En el supuesto de que se trate de un divorcio consensual, y no existan hijos menores o mayores con capacidad modificada judicialmente, en éste caso no es necesaria la intervención del Juez, y se puede optar por someter la solicitud de divorcio, junto con el convenio regulador al Letrado de la Administración de Justicia por ser competente para conocer en éstos supuestos, en virtud de lo dispuesto en el art. 769.1 LEC.

Según señala CARMEN PÉREZ DE ONTIVEROS “*ésta solicitud debe incluir la prestación del consentimiento inequívoco por ambos cónyuges de divorciarse, así como el convenio regulador, debiendo contener el mismo las medidas a adoptar tras el divorcio*”<sup>20</sup>. Igualmente los cónyuges podrán presentar dicha solicitud cuando haya transcurrido tres meses desde que tuvo lugar la celebración del matrimonio.

Presentada la demanda de divorcio consensual, y concurriendo los requisitos necesarios para su admisión, el LAJ deberá citar dentro de los tres días siguientes a los cónyuges para que comparezcan a ratificarse en su petición de forma separada, y una vez transcurrida la misma el LAJ dictara un decreto de forma motivada inmediatamente después de la ratificación, pronunciándose al respecto sobre el convenio regulador presentado y el divorcio. El divorcio tendrá efectos desde la firmeza del decreto que lo declare. Con la ratificación por separado lo se pretende que sea un acto solemne, en el que las partes manifiesten su voluntad libre sin condicionantes.

Con la nueva ordenación se destaca que se priva a las partes de la posibilidad de acudir al Juez para que adopte medidas diferentes a las previstas en el convenio regulador que se aporte. La Ley no ha privado de la intervención del Juez para éstos supuestos, pero está supeditado a un juicio previo de valoración del convenio. Por ello el LAJ ha de realizar un control de la lesividad del convenio regulador, que en caso de no superarse, es necesario acudir a la vía judicial. Esta obligación le viene impuesta en el art. 90 Cc, debiendo controlar si pudiera darse algún perjuicio para alguno de los cónyuges o hijos menores emancipados, debiendo comunicarlo a los solicitantes y concluirá el expediente, debiendo dirigirse las partes al Juez competente para la aprobación del convenio regulador.

En éste supuesto se exige la presencia personal de cada cónyuge, lo cual ello parece implicar la imposibilidad de actuar a través de apoderado, lo cual parece ilógico, dado que el art. 55 Cc, permite el matrimonio mediante apoderado, por lo tanto debería también permitirse el divorcio mediante apoderado. Se trata de una acción personalísima, no obstante ha recaído una sentencia judicial que ha resuelto legitimar también al representante legal del cónyuge incapacitado.<sup>21</sup>

---

<sup>20</sup> Pérez de Ontiveros Baquero, C. (2015), “Separación y divorcio matrimonial: una lectura inicial tras las modificaciones introducida por la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la jurisdicción Voluntaria”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2015, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor p.6.

<sup>21</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 21 de Septiembre de 2011, núm. 625/2011, rec. 1491/2008 (RJ 2011\6575).

También se exige el consentimiento de los hijos mayores que convivan y que no tengan medios suficientes y por ello dependan de sus padres. Asimismo es obligatoria la comparecencia de Letrado para éste supuesto.

Una de las principales fundamentaciones de atribuir la competencia de los divorcios de mutuo acuerdo a otra autoridad distinta al Juez, es para lograr una mayor optimización de los recursos públicos, y descargar el volumen que existe en la actualidad en los Juzgados, produciendo con ello una mayor rapidez en la tramitación de los asuntos. No obstante hay distintas opiniones como dice AMUSÁTEGUI RODRÍGUEZ “*no se trata de tener en cuenta el número de separaciones o divorcios de mutuo acuerdo sin hijos que se tramitan en los juzgados sino el número de aquéllos que no suscitan una conflictividad posterior a la aprobación del acuerdo, lo que se lograría con una regulación sistemática y coherente de ésta materia*”<sup>22</sup>. Sin embargo a diferencia del anterior, otros autores se pronuncian como CERDEIRA BRAVO DE LAGUNA que “*no dudan en resaltar que esta medida servirá para aligerar el trabajo en la Administración de Justicia*”<sup>23</sup>.

### **2.2.2. Divorcio contencioso**

Cuando hablamos de divorcio contencioso nos referimos a la solicitud del mismo cuando no existe acuerdo entre ambas partes, no alcanzan conjuntamente un acuerdo de las medidas a adoptar tras la disolución del vínculo matrimonial, es decir, existe un conflicto entre las mismas. También puede ocurrir que uno de ellos quiera divorciarse y el otro no, o incluso que el procedimiento se iniciara por los trámites de divorcio consensuado y ambas partes discreparan en algún punto del convenio regulador o las medidas que se vayan a adoptar y se transformara en divorcio contencioso.

La demanda de divorcio contencioso seguirá los trámites del juicio verbal. La solicitud de divorcio lleva aparejada un requisito temporal, que es que se podrá presentar tal solicitud cuando haya transcurrido tres meses desde que tuvo lugar la celebración del matrimonio y otro requisito procesal, que se refiere a que dicha solicitud deberá ser acompañada de la certificación de la inscripción del matrimonio, y en su caso, de los hijos en el Registro Civil, así como los documentos necesarios para demostrar los derechos que reclama el cónyuge solicitante respecto las medidas personales y patrimoniales.

El plazo temporal para la presentación de la demanda de divorcio ha sido muy cuestionado por muchos autores, toda vez que lo consideran un obstáculo a la libre

---

<sup>22</sup> Amusátegui Rodríguez, C. (2012), *Divorcio notarial y convenio regulador; examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución de los mismos*. Diario La Ley, Sección doctrina, 13 de abril de 2012, pp. 1-2.

<sup>23</sup> Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2014), “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: su elogio no exento de críticas”. *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril 2014, p.102.

voluntad de las partes, aunque algunos textos mencionan que el legislador lo ha hecho con una finalidad<sup>24</sup>.

Una vez que la demanda ha sido examinada por el LAJ, éste dictará un decreto de admisión, dándole traslado a la parte demandada y al Ministerio Fiscal si hubiere menores o incapaces, así como a las demás partes del procedimiento aunque éstas no hayan sido demandadas, es a partir de entonces cuando empieza la litispendencia en dicho procedimiento en virtud de lo dispuesto en el art. 410 LEC.

El emplazamiento a la parte demandada se realizará por los medios regulados en la Ley que permita la constancia fehaciente de dicha parte, y en caso de encontrarse en ignorado paradero, mediante publicación edictal en el tablón de anuncios electrónico del Juzgado competente que por turno corresponda la presente demanda. Una vez recibida la demanda, el demandado/a tiene varias opciones que son las siguientes: no comparecer ni contestar, en cuyo caso se declarará en rebeldía, y no se le notificará ninguna resolución más salvo la que ponga fin al procedimiento; podrá plantear una declinatoria si considera que el Tribunal que está conociendo de la presente demanda no tiene competencia para ello y en tercer lugar podrá contestar en forma en un plazo de diez días, aportando los documentos en los que funda su derecho, o incluso plantear una reconvencción, debiendo concurrir alguna de las causas prevista en el art. 770.2 LEC. En caso de plantear la reconvencción el actor dispone de diez días para su contestación. *“En Cataluña el plazo se puede ampliar diez días más si el reconviniente lo solicita y se motiva en que no ha tenido tiempo para preparar la propuesta de inventario”*<sup>25</sup>.

Con carácter previo a la vista las partes deberán indicar los testigos o peritos que deban ser citados al juicio oral por el Juzgado para declarar. Incluso en el caso de que las partes hubieren anunciado en la demanda o en la contestación la aportación de un dictamen pericial por no disponer en ese momento del mismo, deberán aportarlo con al menos cinco días de antelación a la fecha señalada para la vista oral. También puede solicitarse que se practique prueba anticipada, decidiendo el Tribunal si es relevante la práctica de dicha prueba y decidiendo sobre su admisión.

Una vez que las partes hayan formulado las alegaciones oportunas, se convocará a las mismas a una vista que se sustanciará por los trámites de juicio verbal. A dicha vista las partes deberán comparecer personalmente y con Letrado, apercibiéndole que en caso de

---

<sup>24</sup> Tratados y Manuales Civitas. (2015), *Procesos de Familia y división de patrimonios*, (BIB 2015\34), Ed. Aranzadi, S.A.U., (ISBN 978-84-470-4758-1), p.1. En el mencionado texto expresa así: *“La motivación real del legislador, a la hora de regular la imposición de un plazo temporal para el ejercicio de la acción, responde a la comprensible intención de procurar o incitar, a los cónyuges, a alcanzar una avenencia, durante un período de reflexión, en el que, pese a su voluntad en sentido contrario, permanecerán legalmente casados”*.

<sup>25</sup> Villagrasa Alcaide, C. (2011), “Los procesos matrimoniales”, *Derecho de familia: procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*, Primera edición, Ed. Bosch, S.A (ISBN: 978-849790-840-5) p. 308.

no hacerlo sin causa que lo justifique se puede tener por admitido los hechos que se aleguen en dicha vista por la parte contraria.

Normalmente las pruebas se practicarán en el acto de la vista pero si alguna no hubiere sido posible en éste acto, se practicarán en el plazo que el Juez estime oportuno, no pudiendo exceder de treinta días, acordándose su práctica como diligencias finales. El Juez podrá acordar de oficio las pruebas que estime pertinentes para acreditar las circunstancias que exige la Ley y de las que dependa sus pronunciamientos.

Igualmente las partes, aunque el procedimiento se hubiere iniciado por vía contenciosa, si ambas partes llegan a un acuerdo, podrá solicitar que continúe los trámites del divorcio consensual o de mutuo acuerdo regulado en el art. 777 LEC. Incluso pueden solicitar la suspensión del procedimiento para someterse a la mediación.

Una vez concluido el juicio el Juez dictará la sentencia oportuna, en la que decidirá sobre todos los pronunciamientos del proceso matrimonial, así como las medidas definitivas en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas que hubiere en su caso, la disolución del régimen económico matrimonial, y las que estime pertinentes atendiendo al objeto del proceso. Contra la sentencia que recaiga en los procesos matrimoniales cabe interponer recurso de apelación, el cuál no tendrá efecto suspensivo. En el caso de lo que se recurra son las medidas, se declarará la firmeza del divorcio.

Cada vez más son las sentencias dictadas por el Tribunal Supremo<sup>26</sup> en relación con la pensión compensatoria de uno de los cónyuges, más concretamente con la figura de la mujer, que con motivo del divorcio se encuentra en una situación de desequilibrio económico respecto del otro cónyuge por haberse dedicado al cuidado de la familia.

Según el Instituto Nacional de Estadística<sup>27</sup> cada vez son más numerosas las crisis matrimoniales en España. Concretamente se detalla que a fecha del año de 2018, se produjeron en España 97.960 divorcios, subieron un 1,2% interanual en relación con el año anterior<sup>28</sup>. En tiempos de crisis se reduce el número de divorcios considerablemente.

---

<sup>26</sup> Del mismo modo se pronuncia la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 27 de Junio de 2017 núm. 412/2017, rec. 1642/2016 (RJ 2017\3295), referente a la pensión compensatoria de una mujer que llevaba 20 años de matrimonio, sin cualificación profesional y sin estudios, que se ha dedicado al cuidado de su familia, mientras el marido trabajaba, fundamentándolo en su fundamentos de derecho tercero que dice así *“el art. 97 Cc exige que el divorcio produzca un desequilibrio económico en un conyugue, en relación con la posición del otro, para que surja el derecho a obtener la pensión compensatoria. La pensión compensatoria declara que pretende evitar que el perjuicio que puede producir la convivencia recaiga exclusivamente sobre uno de los cónyuges y para ello habrá de tener en consideración lo que ha ocurrido durante la vida matrimonial y básicamente, la dedicación a la familia y la colaboración con las actividades del otro, el régimen de bienes a que han estado sujetos los cónyuges en tanto que va a compensar determinados desequilibrios, e incluso, su situación anterior al matrimonio para poder determinar si éste ha producido un desequilibrio que genere posibilidades de compensación”*.

<sup>27</sup>[http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica\\_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206) (Fecha de consulta: 16/04/19).

<sup>28</sup><http://www.rtve.es/noticias/20180924/divorcios-suben-1-hasta-102342-rupturas-matrimoniales-2017/1805274.shtml> (Fecha de consulta: 16/04/19).

### 2.3. Divorcio decretado por autoridad notarial

Como hemos mencionado en capítulos anteriores la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015 de 2 de Julio, introdujo una novedad en la institución jurídica del divorcio, permitiendo a las partes acudir al Letrado de la Administración de Justicia o Notario siempre que sea de mutuo acuerdo y no existan hijos menores o incapacitados.

Esta novedad puede apreciarse en el art. 87 Cc, que fue modificado por el apartado veintiuno de la disposición final primera de la LJV<sup>29</sup>. Ésta Ley entró en vigor el día 23 de julio de 2015, considerándose a partir de entonces válidos todos los divorcios que se practiquen ante Notario en España siempre que reúnan los requisitos previstos en la Ley.

Uno de los mayores cambios que se ha experimentado con el divorcio notarial es la naturaleza contractual del mismo, que con la aceptación de mutuo acuerdo de los cónyuges produce los efectos que les son propios como contrato “*disolución del matrimonio, extinción de los derechos y deberes que la condición de conyugue lleva aparejados y, en su caso, establecimiento de las medidas del art. 90 Cc desde la perfección del mismo*”<sup>30</sup>.

La solicitud de divorcio de mutuo acuerdo podrá ser solicitada por los cónyuges cuando haya transcurrido tres meses desde que tuvo lugar la celebración del matrimonio, mediante escritura pública ante el Notario, debiendo ambas partes manifestar su voluntad inequívoca de querer divorciarse y los efectos derivados de dicha disolución en los términos que establece el art. 90 Cc. Igualmente se exige el consentimiento de los hijos ya sean mayores o menores que estuvieren emancipados respecto de aquellas medidas que les afecten por no tener medios suficientes y convivir con sus progenitores.

Se exige la presencia personal de los cónyuges al tratarse de una acción personalísima, siendo igualmente obligatoria la presencia de Letrado. En éste caso se aprecia una diferencia con el divorcio de mutuo acuerdo ante el LAJ, ya que en éste los cónyuges debían de comparecer de forma separada y ratificarse en su demanda, y en éste caso pueden ambas partes comparecer conjuntamente.

Aunque la figura de Letrado se considera imprescindible para un asesoramiento legal y personal con independencia de la figura del Notario, el Letrado debe limitarse a dar un

---

<sup>29</sup> Preámbulo de la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, de 2 de julio de la Jurisdicción Voluntaria, apartado XI, segundo párrafo (BOE, núm. 158, de 3 de Julio de 2015). “*La modificación del Código Civil tiene por objeto la adaptación de muchos de sus preceptos a las nuevas previsiones contenidas en esta Ley, al tiempo que se introducen modificaciones que afectan a la determinación de la concurrencia de los requisitos para contraer matrimonio y su celebración, así como a la regulación de la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad fuera del ámbito judicial, atribuyendo al Secretario judicial y al Notario las funciones que hasta ahora correspondían al Juez y que también conllevan una reforma de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil, de la Ley de Enjuiciamiento Civil y de la Ley del Notariado*”.

<sup>30</sup> Núñez Iglesias, A. (2015), “Apuntes sobre el divorcio ante Notario y su naturaleza”, *Revista de Derecho Civil de la Universidad de Almería*, (ISSN 2341-2216), Vol. 2, núm. 4, p. 163.



asesoramiento imparcial para ambas partes. Cabe destacar que al inicio de la LJV, la asistencia letrada no era obligatoria, sino algo opcional. Algunos autores no están de acuerdo con ésta exigencia, como ha manifestado CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA que expresa “*no parece haber razones estrictamente jurídicas para defender como necesaria la intervención de abogado: ¿Acaso ha de serla en el acto de celebración del matrimonio? ¿Por qué ha de serla, entonces, en su contrarius actus: el divorcio consensual?, al igual que en la elaboración de las capitulaciones matrimoniales la intervención de abogado no es preceptiva, bastando para ello con la intervención notarial, luego, por qué exigirlo en los supuestos de convenio regulador consensuado*”<sup>31</sup>.

La competencia notarial solo abarca el divorcio y la separación, no extendiéndose a la nulidad matrimonial, aunque exista acuerdo entre los cónyuges sobre la misma.

En virtud del “*principio de rogación*”<sup>32</sup> el Notario deberá actuar únicamente cuando las partes decidan someterse a su actuación, pudiendo solicitarlo cualquiera de los cónyuges. El Notario competente para el otorgamiento de escritura pública será “*el del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes*”<sup>33</sup>.

En la escritura pública, que es el documento en el que los cónyuges van a manifestar su consentimiento de divorciarse, se ha de incorporar el convenio regulador sobre las medidas a adoptar. Respecto al contenido de la escritura pública deberá regirse conforme a lo dispuesto en la nueva redacción de los artículos 82, 83, 87, 89 y 90 del Código Civil, artículo 54 de la Ley del Notariado y artículo 61 de la Ley del Registro Civil.

El Notario deberá examinar el convenio regulador presentado por las partes con la finalidad de evitar un posible daño o que sea perjudicial para los cónyuges o algunos de los hijos mayores o menores emancipados. Si adolece de algún defecto dañoso o perjudicial el Notario lo comunicará a los cónyuges y lo dará por terminado, pudiendo las partes dirigirse ante el Juez competente. Además se tomará las medidas necesarias y será obligatorio su inscripción en la base de datos notarial correspondiente para evitar la posibilidad de que pueda intentar presentarse en otra sede notarial.

---

<sup>31</sup> Jordá Capitá, E. (2015), “La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la Ley de jurisdicción voluntaria y por la proyectada en la Ley de corresponsabilidad parental en algunos aspectos relativos a la disolución y la liquidación del régimen económico matrimonial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.9/2015 Ed. Aranzadi, SA. p. 10.

<sup>32</sup>[http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTcwsjtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzQzOQOGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAZc9z8TUAAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1jTAAAUMTcwsjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzQzOQOGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAZc9z8TUAAAA=WKE) (fecha de consulta 19/04/19). “*El principio de rogación está directamente relacionado con el principio de congruencia en tanto en cuanto significa que en aquellos casos, como el proceso civil, en los que está vetado al juez actuar de oficio, (a salvo de los supuestos expresamente contemplados en que sí lo puede hacer, como la proposición de prueba en procesos de familia), este no puede tomar la iniciativa en el proceso y debe dejar que sea la parte la que actúe en virtud de la aplicación del principio dispositivo que rige en el proceso civil.*”

<sup>33</sup> Art. 54 de la Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. (Gazeta de Madrid, núm. 149, de 29 de Mayo de 1862).

En el caso del divorcio ante autoridad notarial, el mismo produce sus efectos desde que las partes firman la escritura pública. Una vez firmada ésta el Notario “*deberá remitir en el mismo día o al siguiente hábil y por medios electrónicos testimonio de la misma a la Oficina General del Registro Civil, la cual practicará de forma inmediata la correspondiente inscripción*”<sup>34</sup>. El Registro Civil al que se remite es aquél en el que conste inscrito el matrimonio de los cónyuges para proceder a su inscripción como nota marginal, debiendo los cónyuges igualmente presentar copia autorizada. En éste caso podemos observar otra diferencia respecto el divorcio de mutuo acuerdo ante el LAJ en el que se requería después de la ratificación una resolución posterior que se pronunciara al respecto y en éste caso no es necesario ninguna resolución posterior, produciendo los efectos el divorcio desde el momento que las partes prestan su consentimiento en escritura pública. Respecto los efectos que produce el divorcio ante Notario son los mismos que si el proceso se realizara por autoridad judicial.

Con la introducción de la novedosa Ley de Jurisdicción Voluntaria en el año 2015 se ha conseguido descongestionar y reducir la carga en los Juzgados y Tribunales, produciendo con ello una agilización del procedimiento de divorcio en aquellas parejas que no tenga hijos o personas con discapacidad a su cargo y que su solicitud se haga de mutuo acuerdo, otorgándole para ello dicha facultad a otros funcionarios, lo que ha provocado una mayor rapidez en la tramitación de los asuntos para las partes y una reducción de los costes, produciendo un doble efecto positivo tanto para la Administración de Justicia como para las partes.

### **3. ASPECTOS COMUNES A LA NULIDAD, SEPARACIÓN Y DIVORCIO**

#### **3.1. Introducción**

Cualquiera de las crisis matrimoniales provoca unos derechos y obligaciones en relación con los cónyuges, y respecto de los hijos de los mismos en su caso. Las medidas que se van a regular abarca tanto la parte personal como patrimonial de los mismos. El Código Civil regula una normativa propia que abarca los efectos comunes tanto de la nulidad, separación y divorcio.

Los problemas que plantean las crisis matrimoniales son muchos y muy variados (domicilio familiar, guardia y custodia de los hijos, pensión compensatoria, régimen económico matrimonial, ajuar doméstico,...).

Lo más lógico es que los cónyuges adopten las medidas derivadas de la crisis matrimonial, porque se entiende que nadie mejor que ellos para organizar su vida personal y familiar. Pero con la novedad de la reforma de 1981, se ha dado un protagonismo básico a los acuerdos de las partes, debiendo éstos ser sometidos a la autoridad judicial para su aprobación o con la nueva LJV debiendo ser aprobado por un decreto del LAJ o escritura pública del Notario.

---

<sup>34</sup> Art. 61 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil. (BOE, núm. 175, de 22 de Julio de 2011).

Dentro de las medidas solicitadas se destaca:

- En primer lugar, una fase preliminar o previa al proceso, en la que se realiza con la finalidad de demandar con posterioridad.
- En segundo lugar, otra fase en la que el procedimiento se encuentra iniciado mediante la correspondiente demanda y continúa en trámite mientras no recaiga sentencia firme.
- En tercer lugar, que sería la fase definitiva, que es aquella en la que ya ha recaído sentencia firme y ejecutoria.

### 3.2. Medidas previas o provisionalísimas

Las medidas previas o provisionalísimas se definen como “*una anticipación de todos o de algunos de los efectos provisionales de la demanda*”<sup>35</sup>. Estas medidas tienen una vigencia temporal limitada, toda vez que se adoptan con carácter previo a la presentación de la demanda y únicamente subsistirán si dentro de los treinta días siguientes<sup>36</sup> a dicha solicitud se presenta la demanda de divorcio en el Juzgado competente para su conocimiento conforme a lo dispuesto en el art. 104 Cc, caracterizándose por la urgencia de las mismas. Estas medidas pueden ser solicitadas por cualquiera de los cónyuges.

Cuando alguno de los cónyuges tenga la intención de presentar la demanda de divorcio, podrá solicitar con carácter previo las medidas que vienen reguladas en los artículos 102 y 103 del Cc., debiendo dirigirse a los Juzgados y Tribunales en los que tenga su domicilio la parte solicitante. Para la solicitud de dichas medidas no es necesario comparecer con Abogado y Procurador pero ésta facultad se convierte en obligación más adelante, debiendo comparecer asistida de Abogado y representada con Procurador en todo trámite de escrito posterior.

Tras la solicitud, el LAJ citará a las partes, y en el caso de que hubiere hijos menores o personas con discapacidad, al Ministerio Fiscal que actuará en defensa de los mismos. Se citará a todos ellos a una comparecencia para intentar que las partes lleguen a un acuerdo entre ellas, que tendrá lugar entre los diez días siguientes a la solicitud de las medidas,

---

<sup>35</sup> Díez Picazo, L y Gullón Ballesteros, A. (2018), “Los efectos comunes a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio” *Sistema de Derecho Civil, Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Vol. IV. Tomo I, Ed. Duodécima. Editorial Tecnos, p.111.

<sup>36</sup> Auto núm. 105/1998 de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª), de 16 de Noviembre de 1998, (AC\1998\2377). El presente auto se pronuncia al respecto en el que revoca y deja sin efecto el auto dictado por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Estella toda vez que mantuvo las medidas provisionalísimas acordadas y no se cumplió la vigencia temporal a la que se exige la presentación posterior de la demanda y se pronuncia al respecto diciendo así “*no podemos compartir el criterio sustentado en el auto apelado, sino el sostenido por la parte apelada, considerando que, condicionada la validez y eficacia de las medidas provisionalísimas a que se interponga la demanda de separación en el plazo de 30 días , conforme a lo establecido en el art. 104 párrafo 2.º del CC , en el presente caso no se formuló dicha demanda en el indicado plazo, por lo que «ope legis», dejaron de existir aquellas medidas que se acordaron en el Auto de 8 octubre 1997*”.

debiendo en éste acto comparecer el conyugue demandado con Abogado y Procurador. De tal citación el LAJ debe dar cuenta al Juez en el mismo día, para que estime lo oportuno respecto los efectos de las medidas del art. 102 Cc y sobre la custodia de los hijos, la vivienda y el ajuar familiar, acordando de inmediato dichas medidas si la urgencia del caso así lo exige.

En la comparecencia mencionada anteriormente, si las partes no llegan a un acuerdo, o en el caso de que sí llegaren a un acuerdo sobre las medidas que van a adoptarse pero no es aprobado en todo o en alguna parte por el Juez, *“se oirán las alegaciones de los concurrentes y se practicará la prueba que éstos propongan y que no sea inútil o impertinente, así como la que el tribunal acuerde de oficio. Si alguna prueba no pudiera practicarse en la comparecencia, el secretario judicial señalará fecha para su práctica, en unidad de acto, dentro de los diez días siguientes”*<sup>37</sup>.

En el caso de que alguno de los cónyuges no comparezca a la comparecencia sin causa justificada, pese a tener constancia fehaciente de su citación, se le podrá tener por conforme con los hechos que alegue la parte contraria.

Una vez que finalice la comparecencia o se hayan practicado las pruebas que se hubieren acordado su práctica fuera de dicho acto, el Juez decidirá lo que estime pertinente sobre las medidas instadas, dictando el correspondiente auto, el cual no es susceptible de recurso alguno<sup>38</sup>. El único trámite que se le permite al otro cónyuge es que manifieste su oposición, con el propósito de hacer valer sus derechos en un momento posterior.

Dentro de los treinta días siguientes a la adopción de las medidas resueltas por el Tribunal competente se deberá presentar la correspondiente demanda de divorcio para que dichas medidas alcancen los efectos acordados, aunque se admite la interrupción de dicho plazo si se produce alguna circunstancia de fuerza mayor que impida su cumplimiento<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Art. 771.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE, núm. 7, de 08 de Enero de 2000).

<sup>38</sup> Auto núm. 628/1998 de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 4ª), de 6 de Octubre de 1998, (AC\1998\1930). Y el mencionado auto se pronuncia así resolviendo no haber lugar a la admisión del recurso de apelación formulado por el Procurador Berenguer en el que resuelve sobre las medidas provisionales respecto la custodia de los hijos, el ajuar familiar, la vivienda conyugal, fundamentándolo de la siguiente forma: *“Es doctrina prácticamente uniforme de las Audiencias que el auto dictado en las llamadas medidas provisionales del art. 104 CC no es susceptible de recurso alguno por la falta de una previsión expresa en tal sentido, la limitada eficacia temporal de las medidas y el contrasentido que supondría hacerlas de mejor condición a estos efectos que las llamadas provisionales o coetáneas (ex art. 1900LECiv), debiendo significarse que los derechos de los cónyuges quedan salvaguardados por las facultades que les reconocen los arts. 102 y 103 CC, al permitirles solicitar la sustitución de aquellas medidas por éstas e impugnar en su caso en el incidente de oposición la resolución que la respecto recaiga.”*

<sup>39</sup> Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección Tercera), de 11 de Abril de 2002, rec. 424/2001, (JUR\2002\165059). En éste precepto se pronuncia la mencionada sentencia sobre el carácter improrrogable de las medidas del art. 104 Cc del plazo de 30 días diciendo en su fundamento de derecho segundo *“el artículo 104 del Cc como en el artículo 1885 de la antigua LEC al que expresamente se remite la Disposición Adicional 4 Ley 30/1981, las medidas provisionales quedan sin efecto si dentro del plazo de 30 días no se acredita la interposición de la demanda, plazo que únicamente puede ampliarse por otro igual, extremo que la citada Disposición Adicional 4 no excluye de modo expreso, en tanto que establece «las resoluciones judiciales a que se refieren los artículos 70 y 104 Cc se dictarán previos los trámites establecidos en los artículos 1884 y 1885 de la LEC”*.

Una cuestión relevante es la relativa a que dichas medidas de carácter provisional podrán ser solicitadas en los procesos de divorcio que se tramiten judicialmente pero la norma no lo regula respecto los divorcios que se tramiten ante Notario. Cabe la posibilidad de que las partes con carácter previo a la ratificación del convenio regulador de mutuo acuerdo ante el LAJ o ante el Notario en escritura pública lo hayan hecho constar expresamente. Las partes pueden pactar las medidas que estimen pertinentes mientras que estén negociando éstos procedimientos de forma extrajudicial. El problema que ocurre es que estos pactos no pueden equipararse a las medidas provisionales adoptadas judicialmente, toda vez que no están sometidos a lo establecido en el art. 103 del Cc, porque la eficacia de dichas medidas tiene un carácter negocial, toda vez que la Ley no regula ningún procedimiento al respecto. El Juez sólo podrá adoptar una medida provisional cuando se sustancie un divorcio contencioso, o en aquellos casos en los que exista un acuerdo entre las partes pero no se pueda tramitar ante el LAJ o Notario por existir menores de edad o mayores que dependan de sus progenitores.

### **3.3. Medidas provisionales durante la sustanciación del procedimiento**

Éstas medidas son aquellas que se solicitan junto con la demanda de divorcio, y podrán solicitarse todas las medidas provisionales que no se hubieren adoptado con anterioridad. Incluso ambos cónyuges si llegan a un acuerdo respecto las mismas, podrán someterlas a su aprobación judicial, aunque dicho acuerdo no es vinculante para las pretensiones de cada una de las partes ni para la decisión final de las medidas definitivas a adoptar por el Tribunal competente.

Una vez que se ha admitido la demanda de divorcio, el LAJ convocará a los cónyuges a una comparecencia, y en el caso de que hubiere menores o incapacitados al Ministerio Fiscal en su caso, que se sustanciará por los mismos trámites establecidos para las medidas provisionales previas a la demanda, con la finalidad de resolver sobre las medidas solicitadas, acordando en todo caso, el cumplimiento de lo dispuesto en el art. 103 Cc.

Las medidas que se regulan en el mencionado artículo son las siguientes:

- Medidas paterno-filiales

Según el Cc lo que se intenta conseguir es buscar el interés de los hijos, debiendo decidir el Tribunal con cuál de los progenitores se han de quedar los hijos y tomar las decisiones oportunas, para determinar el lugar, régimen de visitas y de comunicación de los mismos respecto de aquél cónyuge que no ejerza la guarda y custodia, pese a que la patria potestad la tienen ambos. Con ello el art.103 Cc, en su apartado primero, brevemente retocado por la Ley 15/2005, quiere resaltar que los deberes de los progenitores respecto de sus hijos no desaparecen por motivo de ninguna crisis conyugal.

- Medidas relativas al uso de la vivienda familiar

Con ésta medida lo que se resuelve es cuál de los cónyuges se quedará con el uso de la vivienda familiar. Para ello se tiene en cuenta el interés de la familia, y aquél progenitor que se encuentre con mayor necesidad de protección. Se realizará un inventario del ajuar

doméstico y los bienes que se integra en el domicilio familiar, así como los que se lleve el otro cónyuge, adoptando las medidas oportunas para mantener el derecho de ambos.

- Medidas relativas a las cargas matrimoniales

El Juez determinará la cantidad que tiene que pagar cada cónyuge respecto las cargas del matrimonio, incluidas las que deriven del proceso de divorcio, debiendo establecer las actualizaciones anuales correspondientes, y las garantías o retenciones u otras medidas que aseguren que las mismas sean efectivas, debiendo fijar el Juez la cantidad a abonar al otro cónyuge. El cónyuge que se dedique al cuidado de los hijos de ambos, se le considerará que contribuye a dichas cargas con el trabajo que conlleva el cuidado de los hijos.

- Medidas relativas al régimen económico-matrimonial

El régimen legal supletorio que se rige en España es el régimen de gananciales, salvo en algunos territorios forales como Cataluña donde el régimen legal es el de separación de bienes. Para que se aplique el régimen de separación de bienes es necesario que expresamente así se indique mediante nota marginal en el Registro Civil donde conste la inscripción de matrimonio. Por ello en lo relativo al régimen económico-matrimonial se establecerá un inventario previo en el que se detallará los bienes que se entregará a uno y otro cónyuge, haciendo constar quién se encargará de la administración y disposición de los mismos, teniendo la obligación de rendir cuentas respecto de los bienes comunes de ambos. La mera presentación de la demanda de divorcio no disuelve el régimen de gananciales, que continua vigente hasta que recaiga sentencia firme, pero lo que si se adecúa a la nueva situación matrimonial es la administración y disposición de los bienes comunes.

Según manifiesta CARLOS LASARTE expresa “*que resulta interesante destacar que el Anteproyecto de la Ley sobre el ejercicio de la corresponsabilidad parental en caso de divorcio (informado en Consejo de Ministros en julio de 2013, y cuya versión actual es de 10 de abril de 2014) reconoce que uno de los principales focos de conflictos en las rupturas familiares es la liquidación del régimen económico matrimonial, lo que propone la modificación del Cc. y la LEC, estableciendo que a falta de acuerdo, desde el primer momento de la admisión de la demanda, se deberá adjuntar una propuesta de formación de inventario de la masa común de bienes para su posterior liquidación*”<sup>40</sup>.

Finalmente la resolución que dicte el Juez sobre las medidas provisionales a adoptar no será susceptible de recurso alguno.

No obstante no solo el cónyuge que presente la demanda de divorcio podrá solicitar las medidas oportunas, sino que también el cónyuge demandado podrá solicitarlas cuando éstas no hubieren sido solicitadas antes o no hubieren sido solicitadas por la parte actora, pudiendo solicitar las mismas en su escrito de contestación a la demanda, y se decidirá por el Tribunal en el acto de la vista, que resolverá por auto no recurrible, si se señalara dentro de los diez días siguientes a dicha contestación y no se pudiese dictar sentencia inmediatamente. En el caso de que no se señalare vista dentro del mencionado plazo, el

---

<sup>40</sup> Lasarte, C. (2016), “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, *Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil*, Tomo VI, Edición Decimoquinta, Ed. Marcial Pons, p. 118.

LAJ convocará a las partes a la comparecencia prevista anteriormente que se sustanciará por los trámites regulados en el art. 771 LEC.

La eficacia de estas medidas adoptadas tendrán carácter provisional, y quedarán sin efecto cuando recaiga sentencia firme y sean sustituidas por las medidas definitivas o cuando el procedimiento concluya por otros motivos. Éstas medidas garantizan los intereses personales y patrimoniales de los cónyuges mientras se sustancia el procedimiento judicial de divorcio.

El problema que se plantea es que los artículos 102 al 105 del Cc no han sido reformados en virtud a la Ley 15/2015 para adaptarlos a la nueva regulación de separación o divorcio de mutuo acuerdo ante el LAJ o Notario. Por ello las previsiones reguladas en el art. 102 Cc cuyos efectos se producen por el ministerio de la Ley, en realidad tiene cierto sentido cuando el procedimiento se ha tramitado por vía judicial, desarrollándose a través del proceso correspondiente las medidas previstas y la eficacia respectiva, no extendiéndose por tanto su aplicación al divorcio decretado por el LAJ o Notario.

### **3.4. Medidas definitivas**

#### **3.4.1. Contenido de medidas definitivas**

Las medidas definitivas, según manifiesta GÓMEZ COLOMER, "*son aquellas que regulan diversos aspectos fundamentales de la relación personal entre los cónyuges, y entre éstos y sus hijos, en su caso, a partir de la sentencia firme de nulidad, separación o divorcio, y de las obligaciones patrimoniales que surgen a partir de entonces*"<sup>41</sup>.

El contenido de éstas medidas coincide sustancialmente con el contenido de lo dispuesto en el convenio regulador, sin perjuicio del carácter subsidiario de las medidas judiciales.

Éstas medidas pueden haber sido solicitadas tanto como medidas provisionalísimas o previas, decidiendo el Tribunal al respecto sobre su mantenimiento o modificación en sentencia. En el caso de que las partes no hayan llegado a un acuerdo respecto de las mismas o no se hubieren aprobado, el Tribunal resolverá igualmente en sentencia sobre las medidas que tengan que sustituir a las ya adoptadas o decidirá las que estime pertinentes si no se hubiere adoptado.

En el caso de que la sentencia de divorcio sea recurrida, el recurso que se interponga contra la misma no suspende la eficacia de las medidas acordadas, y si la impugnación únicamente afecta a las medidas el LAJ declarará la firmeza del divorcio, tramitándose el recurso correspondiente respecto de las medidas impugnadas.

Con la sentencia que recaiga se pone fin a la crisis matrimonial y se decide definitivamente respecto la validez de las medidas acordadas tanto las provisionalísimas como las provisionales, bien manteniéndolas o bien modificándolas.<sup>42</sup>

---

<sup>41</sup> Gómez Colomer, J.L.; Montero Aroca, J.; Montón Redondo, A; y Barona Vilar, S. (2010) "Los procesos matrimoniales", *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, p.774.

<sup>42</sup> Sentencia núm. 168/1998 de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª), de 9 de Marzo de 1998, (AC\1998\2377). En éste precepto se pronuncia la mencionada sentencia sobre el carácter provisional de la medidas provisionales que son finalmente sustituidas por las medidas definitivas fundamentándolo en el

Las medidas se recogerán en el convenio regulador que deberá acompañar la demanda en caso de formular la demanda de divorcio de mutuo acuerdo, y en caso contrario de ser un proceso contencioso y no existir convenio o no haber sido aprobado judicialmente, las medidas definitivas serán adoptadas por el Juez en virtud a lo establecido en el art. 91 Cc y ss., (patria potestad, alimentos de los hijos, régimen de visitas, régimen económico matrimonial, atribución del uso de vivienda familiar,...). El contenido mínimo que debe contener el convenio regulador se encuentra predeterminado por la Ley en el art. 90.1 Cc.

### 3.4.2. Modificación de medidas definitivas

Las medidas que se hubieran aprobado por convenio regulador o las que hubiere resuelto el Tribunal competente, serán susceptibles de modificación con carácter general, bien judicialmente o bien porque las partes presenten un nuevo convenio, que deberá ser aprobado nuevamente por el Juez si se hubiere dado algún cambio de las circunstancias iniciales que se tuvieron en cuenta al dictar la resolución pertinente. Igualmente las medidas que se hubieren acordado ante el LAJ o el Notario podrán modificarse si hubieren cambiado sustancialmente las circunstancias que previamente se tuvieron en cuenta.

Ha sido la jurisprudencia la que ha ido concretando los requisitos que deben cumplirse para que se entienda que las circunstancias que se tuvieron en cuenta inicialmente han variado detallando los siguientes extremos:

- Que hayan surgido hechos nuevos con posterioridad a la sentencia que resolvió sobre las medidas.
- Que se haya producido una “*modificación sustancial*”<sup>43</sup> de las circunstancias que se tuvieron en cuenta inicialmente para la adopción de las medidas.
- Que la alteración de las circunstancias no sean transitorias, sino que tengan un cierto grado de permanencia o equilibrio.
- Que se trate de una circunstancia ajena a la voluntad de la parte solicitante de la modificación de medidas, no siendo buscada por la misma con la pretensión de intentar alterar los efectos de la medida recaída con carácter definitivo.

---

fundamento de derecho segundo que dice así, “*las medidas combatidas dado su carácter, sirven para solucionar de una manera provisional todos los aspectos personales y patrimoniales de un matrimonio en quiebra, permitiéndoles la realización del proceso y que una vez establecidas han de durar lo que la tramitación del pleito hasta tanto adquiera firmeza la sentencia que en su caso fijará las definitivas, más adecuadas, que será preciso adoptar como complementarias de la declaración judicial de separación*”.

<sup>43</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 11 de Enero de 2017, núm.4/2017, rec. 1945/2015 (RJ 201\228). En éste precepto se pronuncia la mencionada sentencia sobre la desestimación del recurso interpuesto al no considerar una modificación sustancial de las circunstancias pactadas con anterioridad en el convenio regulador respecto al régimen de visitas y la pensión alimenticia, fundamentándolo que los ingresos que tenía cuando se dictó las medidas son los mismos que los actuales, no apreciándose cambio de las circunstancias que aconsejen disminuir la cantidad de alimentos ni variar el régimen de visitas atendiendo al interés del menor.



- Que la variación de las circunstancias sea probada y la acredite la parte instante de dicha modificación, en virtud a lo establecido en las reglas de la carga probatoria.

Cuando se trate de medidas acordadas judicialmente, se requiere para su modificación un nuevo convenio o acuerdo entre los ex-cónyuges que modifique el que se aprobó inicialmente, debiendo el nuevo convenio presentado ser aprobado nuevamente por el Juez competente.

En el caso de que las medidas hayan sido aprobadas por el LAJ o Notario en escritura pública, podrán ser modificadas con un nuevo acuerdo que reúna los requisitos exigidos en el art. 90.3 Cc y art. 82.1, párr. 2ª Cc.

Por tanto se puede instar la modificación de medidas tanto convencionales como las judiciales pudiendo instar la petición cualquiera de los cónyuges o el Ministerio Fiscal si hubiere hijos menores o incapacitados y se hubieren alterado las circunstancias inicialmente tenidas en cuenta.

El procedimiento de modificación de medidas se tramitará según los trámites previstos en el procedimiento contencioso regulado en el art. 770 LEC, salvo que la solicitud se haga por ambos cónyuges de acuerdo común, adjuntando el nuevo convenio regulador a tal solicitud, estando entonces a los trámites establecidos para el procedimiento de mutuo acuerdo regulado en el art. 777 LEC.

Partiendo de la premisa que el procedimiento de modificación de medidas tiene carácter autónomo, tiene al igual que en otras cuestiones una afectación directa en la competencia. Esto ha provocado numerosos problemas al respecto, en los que finalmente la jurisprudencia se ha pronunciado al respecto resolviendo en virtud a lo dispuesto en el art. 769.3 LEC, especialmente en los cambios de residencia con posterioridad a la sentencia de divorcio en la que existen menores. Un ejemplo práctico de ello es la resolución dictada por el Tribunal Supremo<sup>44</sup> en relación con la modificación de medidas de régimen de visitas y alimentos de los hijos que residen con la madre en un partido judicial distinto del padre. Por tanto los procedimientos de modificación de medidas no son un incidente del procedimiento ordinario de divorcio, ni la ejecución de la sentencia recaída en el mismo. En la práctica es muy común y problemático a la vez aquellas personas que son beneficiarias de Justicia Gratuita de la disparidad de Letrados que pueden tener, uno para el divorcio, otro para la liquidación de gananciales, otro para la modificación de medidas,... Normalmente en el caso de la designación libre, el mismo Letrado asume la defensa de todos los procedimientos civiles abiertos correspondientes a

---

<sup>44</sup> Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 2 de Abril de 2013, rec. 262/2012 (RJ\2013\3157) lo fundamenta en su fundamento de derecho único así: “*la competencia territorial para conocer de la demanda de modificación de medidas definitivas de divorcio en materia de régimen de visitas y pensión alimenticia de los hijos menores de actor y demandada corresponde, conforme al art. 769.3 LEC y dado que los progenitores residen en distintos partidos judiciales, a los Juzgados del domicilio de la demandada o de la residencia de dichos menores, en este supuesto coincidentes, y, en otro caso, a elección del demandante*”.

la misma persona, generando con ello un mayor conocimiento de las circunstancias personales de su cliente y proporcionándole más eficacia en la tramitación de sus asuntos.

Uno de los temas de mayor actualidad en relación con la modificación de medidas, es la convivencia del que percibe la pensión compensatoria con otra persona en el domicilio familiar. Según lo dispuesto en el art. 101 Cc, el derecho a la pensión se extingue al convivir el que percibe la mencionada pensión con otra persona maritalmente. Cuando hablamos de convivencia marital nos referimos a que se acredite una convivencia estable, permanente y habitual. Que sea personal y exclusiva de la relación entre ambas partes con una apariencia de tener una vida en común y de intimidad sexual, siendo evidente que es algo más de una mera amistad. No obstante las leyes deberán ser interpretadas adecuándose a la realidad social del momento en que se aplican, y ello se impone en el art. 3.1 Cc.

Según manifiesta AURELIA MARIA ROMERO *“hay que poner fin al fraude de Ley consistente en burlar o eludir la extinción de la pensión y lograr el mantenimiento de ésta por quien, a todos los efectos prácticos es, en realidad, pareja de tipo marital, pero camufla o evita la concurrencia de algunos de los elementos determinantes del pleno estatuto formal de unión de hecho con efectos jurídicos”*<sup>45</sup>. Ello no impide que el legislador igualmente deberá tener en cuenta antes de resolver sobre el mantenimiento o extinción de la pensión compensatoria el esfuerzo realizado por el cónyuge, la dedicación durante los años correspondientes al cuidado de su familia e hijos en su caso y el daño sufrido.

Destacamos una sentencia reciente dictada por el Tribunal Supremo<sup>46</sup> en la que resuelve finalmente la extinción del uso de la vivienda familiar de la progenitora junto con sus hijos al convivir la misma con una nueva pareja en dicho domicilio, por lo que ha desaparecido con ello la función familiar de dicho domicilio al introducirse un tercero en el mismo y considerarse una familia diferente a la anterior y para cuyo fin se había atribuido, no privando con ello a los menores a su derecho de vivienda y siempre atendiendo al interés superior del menor.

Otra medida que cada vez es más reclamada su modificación, es la custodia compartida de los hijos. El art. 92 Cc establece la custodia compartida como un régimen excepcional y según manifiesta ANTONIO JAVIER PÉREZ *“El Tribunal Supremo reitera que el régimen de custodia compartida debe ser lo normal porque es el que más se aproxima al modelo de convivencia antes de la ruptura”*<sup>47</sup>. Es indiferente que la custodia individual previamente acordada haya sido por acuerdo común de las partes en el convenio regulador o por decisión del Tribunal.

---

<sup>45</sup> Romero Coloma, A.M. (2017), “La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital con otra persona”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 75/2017, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor p.12.

<sup>46</sup> Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), de 20 de Noviembre de 2018, núm. 641/18, rec. 982/18 (RJ 2018\5086).

<sup>47</sup> Pérez Martín, A.J. (2017), “Modificación de medidas”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 77/2017, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor p.1.

Cada vez son más numerosas las demandas de modificación de medidas definitivas que se amparan a lo resuelto en la jurisprudencia para que le sea de aplicación a su situación y personal.

### **3.4.3. Cuestiones excluidas de la modificación de medidas**

En los últimos años, el volumen de demandas de modificación de medidas ha aumentado considerablemente en los Juzgados de Familia y ello ha hecho considerable destacar los supuestos en los que no puede instarse una modificación de dicha medidas, que son en los siguientes supuestos:

- No se podrá solicitar una modificación de medidas cuando la parte actora ejercite una acción que se encuentre extinguida. Un ejemplo de ello es cuando se solicita en la modificación de medidas que se le conceda una pensión compensatoria al cónyuge cuando previamente en la demanda ordinaria de divorcio no se ha pronunciado al respecto sobre la pensión compensatoria, no existiendo ninguna alteración sustancial.
- Cuando se solicite que se modifiquen las medidas provisionales previas. Toda vez que éstas medidas han sido resueltas definitivamente sobre su mantenimiento o modificación en sentencia firme.
- Cuando se solicite la modificación de medidas cuando realmente debiera realizarse en trámite de ejecución. Este supuesto se da cuando lo que se pretende es el cumplimiento de la sentencia firme que ha recaído debiendo instar el cumplimiento de las medidas acordadas en trámite de ejecución.
- Cuando se solicite la revisión de la sentencia recaída firme por el trámite de modificación de medidas. Un ejemplo de ello es que el procedimiento de modificación de medidas no puede pretender que se valoren nuevamente pruebas, puesto que esto resulta incompetente, siendo únicamente admisible la interposición del recurso de revisión ante el Tribunal Supremo.
- Cuando la modificación de medidas se fundamente en hechos ocurridos con anterioridad a recaer sentencia firme. Lo que sí se podría solicitar la modificación es por haberse producido una alteración sustancial de las circunstancias y no se tuvieron en cuenta por el Tribunal.

## **4. DIVORCIO EN CASOS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

### **4.1. Introducción**

Cada vez más son numerosos los episodios de violencia de género que se producen en nuestro país, existiendo una clara relación entre los procesos matrimoniales de separación y divorcio y la violencia de género. La mayor parte de los mismos se producen en el

entorno familiar, desembocando finalmente en una ruptura sentimental. El momento de éstos actos violentos del hombre hacia la mujer se pueden producir bien en el momento previo a la interposición de la demanda de divorcio, durante o con posterioridad, siendo ésta la fase de ejecución. Estadísticamente estos episodios se acentúan más en entornos rurales, donde no se denuncian previamente los malos tratos ante la jurisdicción penal correspondiente y se espera a la tramitación del proceso matrimonial para denunciar los malos tratos que la víctima está sufriendo. Por ello el legislador ha redactado unas particularidades en los supuestos de demandas de divorcio para aquellas víctimas de violencia de género, dándole una prioridad en su temporalidad y tramitación, porque según manifiesta MAGDALENA UREÑA “*la LO 1/2004 parte del principio general de que la violencia de género no es una cuestión reservada al ámbito privado, sino un problema social*”<sup>48</sup>.

#### **4.2. Excepción temporal para la presentación de divorcio en casos de violencia de género**

Con la reforma de la LEC y del Cc a través de la Ley 15/2005 de 8 de Julio se abandonó el sistema causalista, y con ello la derogación de los arts. 82 Cc y 86 Cc que exigían unas causas para presentación de la demanda de divorcio. Con ello se permite a los cónyuges tener la propia libertad para decidir libremente sobre su situación personal, manteniendo un único requisito objetivo, que es necesario para la presentación de la demanda de divorcio, que haya transcurrido tres meses desde que tuvo lugar la celebración del matrimonio.

Algunos autores consideran que el mantenimiento de las causas que con anterioridad se exigían para la solicitud de divorcio, garantizaban una protección tanto a los hijos como a la mujer víctima de violencia de género, toda vez que al conocer el Juez los hechos adoptaría las medidas necesarias para la protección de los mismos. Sin embargo otros autores opinan lo contrario, que no es necesario causalizar la crisis matrimonial, sino que se garantizará su protección a través del procedimiento oportuno, considerándolo un aspecto positivo para quien definitivamente se atreva a denunciar a su agresor.

El legislador considera el requisito temporal exigido como un periodo de reflexión de los cónyuges para ver si cabe la posibilidad de reconciliación, intentando evitar con ello que se tome una decisión precipitada. No obstante ello ha sido igualmente criticado por muchos autores, apostando muchos por la supresión de dicho plazo toda vez que atenta contra el principio de la voluntad de los cónyuges, fundamentándolo en todo caso, que prima la decisión unilateral de los contrayentes.

La propia ley en el art. 81.2 Cc recoge que el transcurso del plazo de tres meses para la presentación de la demanda de divorcio, se exceptúa en el supuesto que se trate de víctimas de violencia de género, pudiendo presentar la solicitud sin esperar al transcurso

---

<sup>48</sup> Ureña Martínez, M. (2007), “Separación conyugal y malos tratos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2007, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor p.12.

del mismo. No sólo abarca la violencia de género ejercida por el marido a la mujer, sino que ésta excepción abarca igualmente a la violencia ejercida hacia los hijos. Para la supresión de éste plazo temporal de solicitud de divorcio se deberá acreditar la existencia del riesgo evidente para la integridad física o moral de la mujer o cualquiera de sus hijos. Este requisito únicamente se exige para la eliminación del plazo temporal, toda vez que para la solicitud de divorcio es meramente suficiente la voluntad inequívoca de los cónyuges.

Ésta situación excepcional deberá ser valorada por el Juez, sin prejuzgar el asunto y sin dar audiencia a la otra parte, es decir, inaudita parte, todo ello antes de admitir la demanda. No será necesario convencer al Juez cuando se aprecie una situación evidente de riesgo o cuando exista una orden de protección previa. En éste caso dictará la resolución oportuna acordando ordenar la protección de la víctima a través del proceso penal correspondiente, adoptando las medidas cautelares pertinentes tanto civiles como penales, y librando los oficios oportunos a las autoridades competentes para garantizar el cumplimiento de tal protección.

Por otro lado en la práctica puede ocurrir que no se pueda acreditar la situación de riesgo o peligro alegada antes de que transcurra el plazo de los tres meses, suponiendo una dilatación del procedimiento. Por ello muchos autores solicitan la supresión del mencionado plazo, toda vez que carece de justificación, siendo en éste caso el Juzgado de Violencia sobre la Mujer el competente para valorar su competencia y la admisibilidad de la demanda de divorcio.

#### **4.3. Competencia objetiva y funcional de los Juzgados de Violencia de Género para conocer del proceso de divorcio**

Con carácter general para los procesos de divorcio el tribunal competente es el Juzgado de Primera Instancia del lugar donde los cónyuges hubieren tenido su domicilio según lo dispuesto en el art. 769 de la LEC, pero en el supuesto de ser la cónyuge mujer víctima de violencia de género le corresponde a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer valorar la competencia y el requisito temporal de admisión de la demanda de divorcio.

Según manifiesta IBON VITERI “*la Ley 1/2004 de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, incorporó dos nuevos preceptos a la LOPJ, art. 87 bis y 87 ter, así como el art. 49 de la LEC, que atribuye la jurisdicción penal y civil a un solo órgano judicial, que será un JVM*”<sup>49</sup>.

---

<sup>49</sup> Viteri Zubia, I. (2013), “La trascendencia de la violencia de género en los procesos matrimoniales de separación y divorcio”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 60/2013, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, p.6.

La Ley 1/2004<sup>50</sup> pretendía un sistema completo para proteger a la mujer víctima de violencia de género, garantizando su protección íntegra, y por ello alteró la competencia objetiva y funcional en los procesos matrimoniales cuando es consecuencia de violencia de género. El legislador consideraba que para garantizar tal protección era más adecuado que un mismo órgano judicial conociera de las medidas civiles y penales en los supuestos de violencia de género. Con ello se evita la incompatibilidad en las medidas que pueda adoptar el Juez de instrucción respecto aquellas de las dictadas por el Juez civil como pueden ser régimen de visitas, guarda o custodia,... Es una opción perfecta para evitar contradicciones y se han destacado numerosas ventajas como son una mayor optimización de los recursos, mejor coordinación entre las instituciones competentes, formación específica del personal, etc.

Pero no todo ha sido críticas positivas al respecto, ya que el CGPJ considera que se le está atribuyendo una jurisdicción especial por razón de sexo a un órgano judicial, así como muchos autores consideran que la mezcla de jurisdicciones está provocando un colapso.

Según lo dispuesto en el art.87 ter 2.b) LOPJ<sup>51</sup>, los Juzgados de Violencia sobre la mujer procederán a la tramitación de la demanda de divorcio conforme a lo dispuesto en la LEC. A estos órganos judiciales se le otorga una competencia exclusiva y excluyente, atribuyéndole un carácter imperativo en la materia, siempre que se den los requisitos exigidos en el art. 87 ter 3) LOPJ<sup>52</sup>. Respecto al tipo de procedimiento que se haya incoado pueden ser cualquiera de los regulados en el procedimiento penal: jurado, sumario, diligencias previas o diligencias urgentes. Y respecto la fase procesal, desde el momento que se haya admitido la denuncia o querrela, es decir desde que se haya dictado el auto de incoación correspondiente. Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer además de examinar la competencia, se incluye los recursos, dando lugar a la nulidad de pleno derecho si se estuviere tramitando un asunto de divorcio por un Juzgado que no tenga competencia para ello.

Numerosa es la jurisprudencia relativa a los conflictos de competencia entre diferentes órganos judiciales, entre la que destacamos el auto del TS<sup>53</sup> en el que declara un conflicto de competencia para conocer de una demanda de divorcio entre el Juzgado de Primera

---

<sup>50</sup> Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE, núm. 313, de 29 de Diciembre de 2004).

<sup>51</sup> Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE, núm.157, de 2 de Julio de 1985).

<sup>52</sup> Art. 87 ter 3) LOPJ “*Los Juzgados de Violencia sobre la Mujer tendrán de forma exclusiva y excluyente competencia en el orden civil cuando concurren simultáneamente los siguientes requisitos: a) Que se trate de un proceso civil que tenga por objeto alguna de las materias indicadas en el número 2 del presente artículo. b) Que alguna de las partes del proceso civil sea víctima de los actos de violencia de género, en los términos a que hace referencia el apartado 1 a) del presente artículo. c) Que alguna de las partes del proceso civil sea imputado como autor, inductor o cooperador necesario en la realización de actos de violencia de género. d) Que se hayan iniciado ante el Juez de Violencia sobre la Mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género*”.

<sup>53</sup> Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 10 de Abril de 2012, rec.23/12 (RJ\2012\5742).

Instancia y el Juzgado de Violencia sobre la Mujer, al que finalmente, a éste último le atribuye la competencia el Tribunal Supremo por existir con carácter previo una denuncia por malos tratos, fundamentándolo en virtud a lo dispuesto en el art. 87 ter 3) LOPJ.

Según lo dispuesto en el art. 87 ter 3) LOPJ y el art. 49 bis LEC, la atribución de la competencia para conocer la demanda de divorcio plantea diversos supuestos destacando los siguientes:

- Que el Juez de violencia de género haya iniciado el procedimiento penal oportuno, o en su caso, el que asuma éstas funciones en el Juzgado de Guardia por haberse producido unos hechos de violencia de género o cuando se haya adoptado la medida cautelar correspondiente para garantizar la protección de la víctima. En éste supuesto será competente para conocer el JVS. (Art. 87 ter 3) LOPJ).
- Que un Juez de Primera Instancia haya iniciado el proceso civil correspondiente para la tramitación del divorcio y tenga noticia de que se ha cometido un hecho de violencia de género y que se ha iniciado un procedimiento penal o se ha adoptado una orden de protección al respecto, en éste caso deberá inhibirse a favor del JVS competente, en el estado en que se encuentren las actuaciones, siempre y cuando aún no se hubiere iniciado la fase de juicio oral. Ésta es la única limitación que tendría para la inhibición, entendiéndose la fase de juicio oral desde el momento que se dicte la resolución oportuna que convoque el juicio civil. (Art. 49.1 bis LEC). En éste precepto se pronuncia el auto de la AP de Cádiz<sup>54</sup>.
- Que el Juez de Primera Instancia que este conociendo del proceso civil de la demanda de divorcio, tenga noticia de que se ha cometido un hecho de violencia de género pero en éste caso no se encuentra abierto ningún procedimiento penal ni se ha adoptado una medida de protección al respecto. En éste caso deberá citar a las partes a una comparecencia con el Ministerio Fiscal que tendrá lugar en las 24 horas siguientes, con la finalidad de valorar la situación y tomar las medidas oportunas al respecto. Una vez celebrada la comparecencia el Ministerio Fiscal decidirá en las 24 horas siguientes y con carácter inmediato, si denuncia los hechos ante el JVS competente o solicita una orden de protección. En el caso de denuncie los hechos entregará una

---

<sup>54</sup> Auto núm. 37/2007 de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª), de 22 de Marzo de 2007, (AC\2007\1167). En éste precepto se pronuncia el mencionado auto que declara la competencia para conocer de un procedimiento de divorcio al JVS por haber una orden de protección al tiempo de interposición de la demanda y haber sido condenado el mismo finalmente como autor de un delito de violencia de género fundamentando en el fundamento jurídico segundo que dice así: "debiendo examinarse solo si se halla abierto al tiempo de presentarse la demanda, y si se ha dictado una orden de protección, debiendo tenerse en cuenta que el proceso penal, una vez abierto, no tiene en la Ley de protección integral ni en el artículo 49 bis 1 de la Ley de Enjuiciamiento Civil ninguna limitación temporal ni de fase procesal, como sí el proceso civil; en este caso, para evitar la perpetuación ilimitada de la competencia del Juzgado de Violencia contra la Mujer, es preciso contemplar como momento final el de la extinción de la responsabilidad penal del imputado con arreglo al artículo 130 del Código Penal".

copia de la misma al Juzgado de Primera Instancia que estuviere tramitando el proceso civil correspondiente, el cual deberá continuar conociendo del asunto hasta tanto sea requerido por el JVS de inhibición. (Art. 49.2 bis LEC).

- Que el JVS que esté conociendo de un proceso penal por darse unos hechos de violencia de género, tenga noticia de que se ha presentado una demanda de divorcio en el Juzgado de Primera Instancia correspondiente, en éste caso, requerirá al mismo de inhibición para su tramitación conjunta en virtud de lo dispuesto en la Ley. Ésta inhibición deberá realizarse de forma inmediata, sin audiencia de las partes, y con carácter imperativo, no pudiendo por tanto las partes plantear cuestiones de competencia. Según lo dispuesto en la Ley el JVS no pierde la competencia en el orden civil aunque los hechos finalmente no fueran constitutivos de un delito o falta y finalmente se archivara los autos, debiendo continuar su conocimiento para evitar dilación e inseguridad jurídica. (Art. 49.3 bis LEC).

#### **4.4. Medidas del divorcio en supuestos de violencia de género**

##### **4.4.1. Medidas previas**

En los supuestos de violencia de género, al igual que en los casos de carácter general, podrá solicitarse las medidas previas, las coetáneas a la demanda y las medidas definitivas. Normalmente las más solicitadas son las medidas previas o provisionalísimas, previas a la interposición de la demanda por la urgencia del caso y la situación de riesgo que normalmente sufre la víctima.

En las medidas provisionales previas o también llamadas provisionalísimas, en el caso de que se hubiere iniciado un proceso penal o una orden de protección en el JVS, será éste órgano judicial competente para el conocimiento de tales medidas. Al igual que con carácter ordinario las medidas previas tendrán una vigencia temporal de 30 días para presentar la demanda de divorcio correspondiente.

En el caso de que las medidas previas hayan sido adoptadas por el Juez de Instrucción competente en caso de guardia y hubiere adoptado una orden de protección antes de que hubiere intervenido un Juez civil, porque si hubiere intervenido con posterioridad no puede modificar las que se hayan adoptado únicamente completarlas conforme a lo dispuesto en el art. 158 Cc, en éste caso según lo dispuesto en el art. 544 ter LECrim podemos distinguir dos supuestos:

- a) Que trascurra el plazo de 30 días y por la víctima de violencia de género no se hubiere iniciado ningún proceso civil, en éste caso las medidas que se hubieren adoptado se dejarán sin efecto.
- b) Si dentro del plazo mencionado anteriormente se hubiera iniciado el proceso civil por la víctima, en éste caso las medidas acordadas subsistirán en los 30 días siguientes desde que se hubiere presentado la demanda de divorcio, debiendo ser ratificadas, modificadas o bien dejadas sin efecto



por el JVS competente, pudiendo mantenerse las mismas hasta que recaiga sentencia firme.

Las medidas civiles que se hayan acordado junto con una orden de protección son irrecurribles, en virtud de lo dispuesto en el art. 771 LEC. En el caso de que hubiere menores o incapacitados el MF intervendrá tanto en el Juzgado de Instrucción de guardia como el en JVS competente para salvaguardar el interés de los mismos. El LAJ citará a la comparecencia prevista en el art. 771 LEC y se seguirá los mismos trámites establecidos con carácter ordinario a fin de acordar las medidas establecidas en el art. 103 Cc.

Para poder adoptarse las medidas previas inaudita parte, es decir sin audiencia del demandado, es necesario que se acredite un peligro evidente para la mujer o para sus hijos. Por el contrario se oirá a la otra parte respecto de las medidas solicitadas en el plazo más inmediato posible a fin de no vulnerar el derecho de defensa de la parte demandada.

Con carácter ordinario respecto las medidas previas no se pueden resolver nada respecto de la patria potestad, el régimen de visitas, los alimentos, ni lo relativo a cuestiones económicas, sin perjuicio de que pueda tratarse. Sin embargo existe una excepción en el caso de que las medidas hubieren sido acordadas por el Juez de Instrucción de guardia o el JVS competente, cuando al adoptar una medida de protección hubiere considerado necesario la adopción de las mismas para evitar causar un perjuicio al menor. En éste supuesto el JVS competente podrá resolver si lo estime oportuno en la orden de protección respecto la atribución de la vivienda familiar, la guardia y custodia de los hijos, el régimen de visitas y el reparto de la contribución de las cargas del matrimonio.

Según muchos autores *“éstas medidas, no deben contemplarse como sanciones al maltratador, sino como medidas a adoptar para proteger el interés superior del menor”*<sup>55</sup>. Éstas medidas deberán valorarse atendiendo en cada caso a las circunstancias y siempre orientado en la protección de los hijos de las víctimas de violencia de género.

#### **4.4.2. Medidas coetáneas a la demanda**

Para el supuesto de medidas provisionales se podrán solicitar junto con la demanda de divorcio que se sustanciarán en virtud a lo establecido en el art. 773 LEC, siempre y cuando no se hubieren solicitado medidas previas o en el caso de haberse solicitado que se hayan dejado sin efecto por haber transcurrido el plazo de 30 días sin interponer la demanda. En el caso de que las medidas previas hubieren sido adoptadas por el JVS podrán ser prorrogadas hasta la sentencia. El contenido de las medidas provisionales será el mismo que el establecido en las medidas previas redactadas con anterioridad que es el regulado en el art. 103 Cc.

---

<sup>55</sup> Monografías. (2016), “Medidas o efectos de la separación y del divorcio en los procesos de violencia de género”, *El divorcio por violencia de género*, Ed. Aranzadi, S.A.U., (ISBN: 978-84-9135-101-6), p.5.

#### 4.4.3. Medidas definitivas

Las medidas definitivas sustituirán a las acordadas con anterioridad ya sean previas a la interposición de la demanda o durante la sustanciación de la misma. Serán acordadas en la sentencia de divorcio y el contenido de las mismas es el establecido en el art. 90 Cc. Cuando el demandado está imputado de un delito de violencia de género o doméstica se le privan de muchos derechos como puede ser la patria potestad, no pretendiendo con ello sancionar al progenitor sino proteger el interés del menor en todo caso, evitando que pueda sufrir un daño ya sea físico, moral o psicológico. También se le privará de la custodia compartida, el régimen de visitas y comunicación con el menor, atribución de la vivienda familiar, y cuantas medidas estime oportunas el Juez competente<sup>56</sup>. Todas éstas medidas deberán serlo siempre en beneficio y atendiendo al interés del menor, pudiendo solicitarse en trámite de ejecución del procedimiento civil de divorcio, o en un proceso penal, o en la jurisdicción voluntaria, pudiendo hacerlo el propio hijo o cualquier pariente, el Juez de oficio o el MF.

Con la reforma de la Ley 15/2005 se acordó que las partes, si lo solicitaban de acuerdo común, podrán solicitar que se suspenda el procedimiento por estar en trámite de llegar a un acuerdo extrajudicial a través de la mediación. Una vez más la LO 1/2004 establece una excepción para el supuesto de víctimas de violencia de género prohibiendo la mediación para tales supuestos. Según el legislador lo fundamenta con que la víctima se encuentra en una situación de precariedad tanto física como moral, que le impide el desarrollo con normalidad de su conciencia y voluntad para decidir sobre cuestiones personales. Ello ha suscitado nuevamente numerosas críticas por diferentes autores toda vez que el legislador declara una postura incompatible entre violencia y mediación.

Las medidas definitivas son susceptibles de modificación siempre que se acredite una variación sustancial de las circunstancias tenidas en cuenta en su momento, considerándose un episodio de violencia de género un hecho que no ofrece dudas para la modificación de las mismas.

La modificación de medidas seguirá los mismos trámites y requisitos que las solicitadas con carácter general y en virtud a lo establecido en la LEC.

---

<sup>56</sup> Sentencia núm. 235/2016 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), de 14 de Abril de 2016, (AC\2016\1309). En éste precepto de pronuncia la AP que resuelve en apelación la sentencia de divorcio contenciosa adoptada por el JVS y las medidas pertinentes acordando la suspensión de la comunicación del padre con los menores por existir maltrato habitual y haber sido valorado los menores por el equipo psicosocial, estableciendo igualmente una pensión por desequilibrio y la pérdida de la patria potestad, atribuyendo la guarda y custodia a la madre. Finalmente la sentencia falla que las medidas acordadas en Primera Instancia se mantenga modificando únicamente la pensión compensatoria de la mujer.

## 5. MEDIDAS ALTERNATIVAS AL DIVORCIO: MEDIACIÓN FAMILIAR

### 5.1. Introducción

La mediación familiar es una figura novedosa que se ha introducido en nuestra sociedad como una técnica de prevención y una medida alternativa a la resolución de los conflictos familiares. En la actualidad cada vez son más frecuentes las crisis matrimoniales entre parejas, ello conlleva que ambas partes tengan que adoptar acuerdos respecto su situación personal y patrimonial. Los datos estadísticos de las crisis matrimoniales cada vez son más elevados, y ello impulsa al legislador a la idea de implantar en nuestro país un sistema de mediación familiar. En el Plan Integral de Apoyo Familiar se propone a las diferentes CCAA la implantación de la mediación familiar en sus respectivos territorios, con la finalidad de que las partes consigan un acuerdo satisfactorio, intentando suprimir o reducir en la medida de lo posible los conflictos matrimoniales.

La Ley estatal de mediación familiar es la Ley 5/2012<sup>57</sup>. La legislación estatal en materia de mediación familiar será de aplicación a los conflictos de materias que sean disponibles por las partes, es decir que tengan un carácter dispositivo y no imperativo, o en su caso, que sean susceptibles de ser homologadas por un Juez. Los conflictos familiares susceptibles de mediación vienen recogidos en el art. 2 bis LMF. En la CCAA de Andalucía se aprobó su propia ley en materia de mediación<sup>58</sup>. Numerosa es la regulación de la mediación familiar en la CCAA andaluza<sup>59</sup>. En Andalucía la mediación aparece como un procedimiento para gestionar los conflictos entre las partes que se encuentran enfrentadas, para someterse a una persona ajena, un tercero, que será imparcial, cualificado, neutral, y les ayudará a conseguir un acuerdo por sí solas, sin necesidad de acudir a la vía judicial. Por tanto en éste supuesto las partes consienten con absoluta libertad de participar y de las cuáles dependerá la solución final del conflicto, llegando al fin pretendido con la ayuda de una tercera persona que tiene un papel de mediador.

Normalmente la mediación familiar abarca los supuestos de separación y divorcio, aunque también puede extenderse a cualquier conflicto que exista entre las partes en relación con los hijos.

---

<sup>57</sup> Ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. (BOE, núm. 162, de 7 de Julio de 2012).

<sup>58</sup> Ley 1/2009, de 27 de Febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. (BOE, núm. 80 de 2 de Abril de 2009; BOJA núm. 50, de 13 de Marzo de 2009).

<sup>59</sup><https://www.juntadeandalucia.es/organismos/turismoregeneracionjusticiayadministracionlocal/areas/justicia/mediacion/paginas/normativa-mediacion.html> (fecha de consulta 11/05/19). El siguiente enlace nos remite a la legislación autónoma andaluza que es la siguiente: "Ley 1/2009, de 27 de Febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la CCAA de Andalucía; Decreto 37/2012, de 21 de Febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de Febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la CCAA de Andalucía; y el Decreto 65/2017 de 23 de Mayo, por el que se modifica el Decreto 37/2012, de 21 de Febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la CCAA de Andalucía".

La mediación familiar está fundamentada en el principio de autonomía de la voluntad de las partes, por lo que la relación jurídica que les vincula a las mismas es la de un contrato atípico. Ésta forma contractual lleva aparejada muchas similitudes con el arbitraje o con el contrato de arrendamiento de servicios, aunque también presenta diferencias que lo distinguen.

## 5.2. Principios generales de la mediación familiar

La finalidad de la mediación es evitar que se inicien procedimientos judiciales, o en el caso de que se hubieran iniciado que sean resueltos extrajudicialmente, llegando las partes a un acuerdo justo, equitativo, estable y permanente en el tiempo. La mediación familiar se caracteriza por unos principios básicos inherentes a la misma que son los siguientes:

- Voluntariedad: se parte del principio de autonomía de la voluntad de las partes, en el que las mismas son las que deciden libre y voluntariamente si quieren o no someterse al procedimiento de mediación para intentar llegar a un acuerdo en los conflictos existentes. Pueden someterse a mediación tanto antes de que se inicien el procedimiento judicial oportuno, durante la tramitación del mismo o incluso una vez que ha finalizado, pudiendo desistir de la mediación en cualquier fase en la que se encuentre el procedimiento de mediación. El mediador, por tanto, *“solo puede concluir la mediación cuando concurra causa justa señaladas en las leyes: falta de colaboración de las partes, violencia familiar, ... debiendo el mediador comunicar su decisión a las partes, al Colegio Profesional correspondiente, en su caso, y al órgano autonómico de cada CCAA”*<sup>60</sup>.
- Confidencialidad: se parte de la privacidad de las partes, que se está tratando asuntos de su esfera más íntima, por lo que se tiene que mantener un carácter reservado, sin publicidad, y generando al mismo tiempo una confianza en las mismas. La mediación se desarrollará en privado y con la obligación del mediador de guardar secreto de toda la información que por la figura que le otorga haya tenido conocimiento. No obstante ésta privacidad dejará de ser absoluta cuando la misma afecte a un interés superior del menor u otros que afecten a los derechos fundamentales, debiendo informar el mediador a las autoridades competentes con carácter inmediato.
- Personalísimo: las partes que quieran llegar a un acuerdo deberán comparecer con carácter personal a las reuniones que se señalaren, no pudiendo actuar a través de representantes ni intermediarios. Del mismo modo el mediador deberá comparecer personalmente.
- Imparcialidad y neutralidad: cuando nos referimos a la imparcialidad se concreta en el ámbito de que el mediador no puede posicionarse a favor o en contra de

---

<sup>60</sup> Luquin Bergareche, R. (2006), “Acerca de la necesidad de una Ley estatal de Mediación Familiar en España”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 3/2006, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, p.8.

ninguna de las partes, manteniéndose en una actitud recta. Cuando la ley se refiere a neutralidad se concreta en que el mediador no puede influir en la toma de decisiones de las partes, ni dar su punto de vista al respecto, ni su opinión sobre el tema que se debate para no influir ni positiva ni negativamente en las partes. Es decir que el mediador no puede participar, sino que debe mantenerse en una posición intermedia, con una actitud activa pero sin dejarse llevar por ninguna parte. La figura del mediador tiene la finalidad de acercar a las partes a un acuerdo común pero manteniendo el equilibrio entre ambas y actuando en una posición igualitaria.

- **Buena fe:** se equipara a la honestidad y rectitud de las partes y el mediador.
- **Flexibilidad:** el procedimiento de mediación familiar debe adaptarse a la situación concreta que se va a tratar, debiendo ser flexible, y respetando en todo caso las reglas mínimas que establece la ley como fundamento de que se está garantizando una calidad a las partes.
- **Profesionalidad:** el mediador que intervenga no puede ser cualquier persona, sino que tiene que ser un profesional, aunque no existe una profesión específica regulada de mediador pero se exigen profesiones como: letrado, psicólogo, pedagogo, o trabajador social. Todos ellos pueden desempeñar la función de mediador, debiendo estar informado en el servicio que presta, de ahí la justificación que se requiere una formación universitaria junto con una específica de mediador para el desempeño de tales funciones.

### **5.3. El procedimiento de mediación familiar**

#### **5.3.1. Sesión previa o informativa**

El procedimiento de mediación se inicia, en virtud del principio de autonomía de la voluntad de las partes, a solicitud de ambas de acuerdo común o a instancia de una de ellas con el consentimiento de la otra. Son las personas interesadas las que tienen un conflicto y a través de la mediación quieren por voluntad propia resolver el mismo. Igualmente ambas partes deberán decidir conjuntamente la persona que va a intervenir como mediador imparcial para ayudarle a resolver sus controversias. La designación del mediador podrá realizarse directa o indirectamente a través de la entidad encargada de la mediación a la que se haya realizado tal solicitud. Es obligatorio que el mediador se halle inscrito en el Registro de Mediación Familiar o en algún colegio profesional que tenga asignadas las funciones de mediación. Igualmente se requiere la cualificación profesional por parte del mediador de ejercer la profesión de letrado, psicólogo, pedagogo o trabajador social.

Si el conflicto sometido a mediación es de mucha complejidad, en éste caso podrá intervenir más de un mediador, pero debe uno de ellos asumir en todo caso la

coordinación. A las reuniones que se realicen deberán acudir las partes de forma personal, así como el mediador, no siendo posible la representación de ninguno de ellos.

Una vez que se ha procedido a la designación del mediador, éste convocará a las partes a una reunión previa en la que se decidirán las cuestiones que van a ser objeto de mediación y se planificarán las reuniones que fueren necesarias para resolver la controversia, así como el lugar en que se van a celebrar y el idioma en que se desarrollará. En ésta primera reunión, también llamada sesión informativa, el mediador debe informar a las partes de los derechos y deberes que le corresponde a cada una de ellas, así como los que le corresponde a él mismo, el mediador. También informará del tiempo aproximado que va a durar la mediación, las reuniones que se proveen, las características de la mediación, la finalidad, el coste, la organización, es decir, deberá informar de todo el proceso de mediación. En el caso de que alguna de las partes no compareciera a la sesión informativa sin causa justificada, se entenderá que desiste de la mediación.

Uno de los temas que más preocupa a las partes que se someten a mediación, es el coste del mediador, el cual deberá informar detalladamente del coste de su actuación, debiendo ambas partes pagar a partes iguales, salvo que se hubiere pactado otra cosa distinta por ambas. El mediador puede exigir a las partes una provisión de fondos como garantía del cobro efectivo de su actuación. Si se fija un plazo para realizar el abono de la provisión de fondos por las partes y alguna de ellas no lo efectúa, el mediador podrá dar por terminada la mediación, no obstante lo comunicará a las partes por si la parte contraria le interesara realizar el abono correspondiente a la parte contraria. En el caso de que las partes intervinieran con un consultor que le asesore jurídicamente, gozará de la exención del pago de los honorarios del mismo si fuere beneficiario de justicia gratuita.

La sesión informativa se realizará de una forma flexible, en la que se atenderá finalmente a las dudas y preguntas de los presentes, debiendo el mediador cerciorarse que las partes han comprendido de forma clara la información que se pretendía dar. No obstante se hace constatar que al tratarse de un proceso en el que las partes se someten de forma voluntaria, las partes pueden continuar o abandonar la mediación en cualquier momento.

### **5.3.2. Sesión constitutiva: contrato de mediación**

Una vez que las partes ya han sido informadas previamente en la sesión anterior, es en ésta sesión en la que se considera que se inicia realmente el proceso de mediación. *“Celebrada la primera reunión, deberá levantarse un acta en la que se identifique el objeto de la mediación y el número de sesiones previstas, debiéndose hacer constar la fecha, la voluntariedad de participación y la aceptación del deber de confidencialidad, la cual debe ser firmada por el mediador y las partes, y se entregará un ejemplar a cada una de ellas, conservando el original el mediador para el archivo del expediente”*<sup>61</sup>.

---

<sup>61</sup> Pérez Conesa, C. (2004), “La mediación familiar ante las crisis matrimoniales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2004, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, pp.10-11.

Es en éste extremo donde se señala todos los puntos en la relación contractual entre el mediador y las partes. Las partes deberán leer y ratificar el acta para cerciorarse que lo entienden correctamente y manifiesta su voluntad inequívoca. Si por el contrario, después de haber sido previamente informadas, discrepan en algún punto y no están conformes en continuar, se hará constar por escrito igualmente, declarándose la mediación intentada sin efecto.

En ésta sesión el mediador suele formalizar una hoja de encargo profesional en la que se detalla todos los puntos que han concretado, como prueba de la contratación. En caso de que no exista un contrato formal, el acta de la sesión constitutiva también sirve como prueba. La LMF no regula el contrato de mediación, pero sí hace constar las cláusulas contractuales. La relación jurídica existente entre las partes y el mediador tiene naturaleza de un contrato, aunque éste no se encuentra regulado en el Ordenamiento jurídico. Es un contrato atípico e innominado pero admisible en virtud del principio de la autonomía de la voluntad de las partes regulado en el art. 1255 Cc, teniendo las partes absoluta libertad de contratar, de acudir a la mediación y de concretar el contenido del contrato que celebren.

La mediación se desarrollará en el número de sesiones que se haya acordado, pudiendo intervenir un profesional en la materia si así lo hubieren estipulado las partes y el mediador, sin perjuicio de la utilización de los medios técnicos y electrónicos necesarios. En la fase de desarrollo de la mediación, la LMF establece que las funciones del mediador serán desde un punto de vista personal (intentar la comunicación entre las partes, mantener una posición activa, que las partes tengan la información y el asesoramiento necesario, potenciará la protección de los hijos, especialmente si hubiere menores o incapacitados, adoptará un clima idóneo para que las partes alcancen un acuerdo libre y voluntario), y desde un punto de vista formal (deberá convocar a las partes a las reuniones con antelación suficiente, actuará con imparcialidad dirigiendo las sesiones con una intervención equilibrada de las partes, comunicará las reuniones que se celebraren por separado pero siempre sin revelar ningún dato de carácter privado que por su intervención tuviere acceso, salvo que expresamente se lo hubieren autorizado).

La figura del mediador *“deberá renunciar a intervenir en los procedimientos de mediación en los que tengan interés personal en el asunto objeto de mediación o cuando exista una relación personal o hubieren intervenido profesionalmente con alguna de las personas implicada en el conflicto”*<sup>62</sup>.

### **5.3.3. Duración y conclusión del contrato de mediación**

La LMF no establece una duración máxima del procedimiento de mediación. Esto ha sido muy criticado principalmente *“por la posibilidad de que se pueda utilizar la mediación con fines exclusivamente dilatorios, sin tener las partes ningún interés verosímil en*

---

<sup>62</sup> Casado Román, J. (2010), “La mediación familiar en el Derecho Español”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2010, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, p.10.

*alcanzar ningún acuerdo*<sup>63</sup>. Sin embargo para la mediación simplificada que es la que se realiza por medios electrónicos, la LMF sí ha establecido un plazo máximo de 1 mes, pudiendo ser prorrogado sin límite alguno siempre que las partes estuvieren de acuerdo.

Las reuniones en las que se desarrolle el proceso de mediación dependerán de las circunstancias en cada caso, intentando siempre evitar que se produzcan dilaciones indebidas. La duración del procedimiento se deberá realizar en el plazo más breve posible, siendo el papel del mediador crucial para determinar la complejidad de los asuntos que estime convenientes.

El proceso de mediación se puede concluir con acuerdo total o parcial de las partes, sin acuerdo, porque alguna de las partes desista libre y voluntariamente, renuncia del mediador, o cualquier otra causa regulada en la LMF. Igualmente termina el proceso de mediación sin existir acuerdo, cuando haya transcurrido el plazo que las partes fijaron como máximo, en el caso de que el mediador apreciare que no hay reconciliación posible entre las partes, cuando el mediador renuncia o las partes lo rechazan y no nombran a uno nuevo, así como cuando se diere otra causa que haga posible la conclusión del proceso mediador.

Cuando termine el proceso de mediación se le hará entrega a las partes de su documentación y el resto será archivado por el mediador o institución de mediación en el expediente oportuno. Ésta documentación deberá ser custodiada por el mediador durante un plazo máximo de 4 meses, debiendo redactar el mismo un acta final, con independencia de si ha concluido con acuerdo o sin él. Éste acta deberá firmarse por todas las partes y por el mediador, haciendo entrega de una copia a las partes. Si alguna parte se negare a la firma del acta, el mediador lo hará constar. El mediador informará a las partes de que el acuerdo alcanzado tiene un carácter vinculante y que puede elevarse a escritura pública a fin de instar la ejecución de un título ejecutivo. Contra el acuerdo alcanzado en la mediación, únicamente puede ejercitarse la acción de nulidad prevista en la ley para los contratos.

#### **5.3.4. Ejecución del acuerdo a través de la mediación: homologación judicial**

La finalidad de la mediación familiar se consigue cuando el conflicto que tienen las partes se soluciona a través de un acuerdo eficaz y válido jurídicamente para que las partes queden obligadas al cumplimiento del mismo. Al tratarse de una vía de resolución de conflictos por voluntad de las partes, los acuerdos adoptados son cumplidos igualmente con carácter voluntario, estando la fase de ejecución en manos de las partes.

La LMF regula la efectividad de los acuerdos adoptados en la mediación a través de la elevación a escritura pública o la homologación judicial, toda vez que el valor de estos acuerdos es contractual.

---

<sup>63</sup> Monografías. (2016), “Desarrollo del proceso de mediación familiar”, *La mediación familiar como solución en los conflictos de crisis de pareja*, Ed. Aranzadi, S.A.U., (ISBN: ISBN 978-84-9099-445-0), p.5.



Siempre que las partes estén conformes podrán elevar a escritura pública el acuerdo que hubieren alcanzado en la mediación. Se presentará por las partes al Notario una copia del acta de la sesión constitutiva y del acta que ha puesto fin al procedimiento de mediación, sin requerir la presencia del mediador en éste caso. *“Esto significa que el notario se convierte en garante de la legalidad de los acuerdos de mediación, advirtiéndose la diferencia con la simple protocolización exigida al laudo arbitral en la que la intervención notarial se limita a incorporar el acta a su protocolo”*<sup>64</sup>.

En el caso de que las partes se hubieren sometido al proceso de mediación tras el inicio de un procedimiento judicial, podrán solicitar al tribunal competente que se proceda a la homologación del acuerdo alcanzado en virtud a lo dispuesto en la LEC. El Juzgado competente para la ejecución de acuerdos formalizados por un proceso de mediación será el Juzgado de Primera Instancia que por turno corresponda del lugar donde se haya firmado la mediación. La autoridad judicial que homologue el acuerdo atribuye al mismo una vigencia y viabilidad en su ejecución, quedando las partes obligadas al cumplimiento del mismo por darse los requisitos contractuales de consentimiento, objeto y causa.

Tanto en el caso de que la mediación se haya realizado de forma voluntaria por los cónyuges antes de acudir a la vía judicial, como si se hubiere realizado con posterioridad tras un procedimiento judicial y recurren las partes a ésta vía para intentar llegar a un acuerdo, transformándose el procedimiento contencioso en uno de mutuo acuerdo, se exigirá que el contenido del acuerdo que se pretenda adoptar sea el del contenido mínimo regulado en el convenio regulador que exige el art. 90 LEC.

El proceso de mediación familiar cada vez se intenta potenciar más por las Instituciones Públicas, como medio alternativo a la resolución de conflictos de las crisis matrimoniales, por tratarse de un proceso sencillo, flexible, que las partes pueden moldear a su manera, elegir a la persona que va a realizar el papel de mediador, más rápido y menos costoso que la jurisdicción ordinaria en la que atribuye un Juez predeterminado por la ley, el que por turno corresponda, y el retraso y colapso de los Juzgados cada vez más potencian la utilización de la mediación por sus numerosas ventajas.

Cada vez más es la jurisprudencia que recomienda el servicio de mediación familiar como una opción alternativa y satisfactoria, especialmente para los menores, como así se pronuncia la sentencia de la AP de Guadalajara,<sup>65</sup> en la que recomienda a los progenitores que se sometan a un procedimiento de mediación para que la menor puede reestructurar la relación tanto con la familia paterna como con la materna, lo que le proporcionaría un desarrollo íntegro en el crecimiento de la menor. No obstante la sentencia hace constar que no puede imponerse ésta medida al tratarse de una medida voluntaria y gratuita y únicamente la recomienda atendiendo al interés de la menor.

---

<sup>64</sup> Domínguez Martínez, P. (2013), “La mediación familiar y la vertebración territorial en España”, *Revista Doctrinal Civil-Mercantil*, núm. 2/2013, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, p.19.

<sup>65</sup> Sentencia núm. 97/2015 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), de 9 de Junio de 2015, (JUR\2015\180772).

## 6. EL DIVORCIO EN LA UNIÓN EUROPEA

### 6.1. Competencia

Cuando una pareja decide divorciarse acude a un órgano jurisdiccional competente que es el encargado de dictar la resolución oportuna que declara el divorcio y las medidas a adoptar. El problema que se suscita es debido a la diversidad en las relaciones internacionales lo que ha llevado a adoptar nuevas regulaciones al respecto. En el ámbito comunitario existe una norma institucional de competencia, ley aplicable y reconocimiento.

En la UE existen normas que regulan el órgano jurisdiccional al que se debe acudir para la presentación de una demanda de divorcio. Esto es muy útil para las parejas de diferente nacionalidad, o en el caso de que hubiesen residido en diferentes Estados miembros durante su matrimonio.

El reglamento comunitario que regula las crisis matrimoniales y la responsabilidad parental es el 2201/03<sup>66</sup>. Éste reglamento sirve para la competencia en materia de divorcio, es el que determinará a quien se le atribuye la competencia para conocer de la demanda de divorcio entre países comunitarios. Éste reglamento derogó al 1347/00, toda vez que éste último solo abarcaba la competencia para los litigios de divorcio, debiendo acudir a otro reglamento para las cuestiones de las medidas civiles acordadas al respecto como consecuencia del divorcio. Ello hizo necesario una actualización jurisdiccional, ya que con carácter normal, todo divorcio lleva aparejada unas medidas a adoptar consecuencia del mismo. Por éste motivo y con ésta finalidad se creó el reglamento 2201/03, para que absorbiera todo lo relacionado con el divorcio y la responsabilidad parental y todas las medidas que afectan a los menores. Así el mencionado reglamento será de aplicación, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las crisis matrimoniales, responsabilidad parental, custodia de los hijos, régimen de visitas, tutela y curatela, medidas de protección del menor, filiación, adopción, nombre y apellidos del menor, emancipación y sucesiones.

Para saber determinar en cada momento el reglamento que se debe aplicar, toda vez que el nuevo reglamento no entró en vigor hasta 2004, debemos acudir a la fecha de la sentencia y la de interposición de la demanda, para saber si se aplica el reglamento 1347/00 o el reglamento 2201/03, oscilando los período entre 2001 al 2004, en virtud de lo dispuesto en el art. 64 del Reglamento 2201/03.

---

<sup>66</sup> Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. (DOUE, núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).

En materia de competencia no tenemos un ámbito de aplicación universal sino un ámbito de aplicación material regulado en el art. 1 del R2201/03, en los que se excluyen el régimen económico matrimonial que seguirá su tramitación por otra regulación.

En los supuestos de divorcio la competencia judicial internacional recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro donde tengan su residencia habitual los cónyuges o su nacionalidad. En primer lugar se opta por el criterio de la residencia habitual, toda vez que da proximidad y flexibilidad a los cónyuges. Un ejemplo de ello puede ser un francés y una italiana que residen de forma habitual en España y deciden divorciarse, en éste caso no es necesario que acudan a su país para hacerlo, pudiendo presentar la demanda en el lugar donde tengan su residencia habitual. Para plantear la demanda de divorcio entre comunitarios no es necesario que lo soliciten o estén residiendo ambas partes, bastando únicamente con una de ellas. Igualmente esto facilita la labor al Juzgado competente para conocer la demanda de divorcio a la hora de localizar a las partes para las citaciones y notificaciones oportunas. Y en éste precepto se pronuncia la AP de Tarragona en la sentencia dictada<sup>67</sup>, al estimar la apelación de una mujer que se le había denegado el la tramitación de la demanda de divorcio entre ella y su marido de nacionalidad rusa, contrayendo matrimonio en España y donde residían habitualmente, revocando la AP la sentencia dictada en primera instancia por ser competentes en virtud a lo dispuesto en el art. 3 del R-2201/2003.

El segundo criterio a tener en cuenta para determinar la competencia judicial internacional en caso de divorcio, en defecto de la residencia habitual de los cónyuges, es la nacionalidad de los mismos. Un ejemplo de ello puede ser un español que contrae matrimonio con una francesa y el español quiere divorciarse y se viene a España e interpone la demanda de divorcio, en éste caso será admitida por ser nacional español no por el lugar de residencia habitual que en éste caso sería Francia y podrá interponer allí también la demanda de divorcio si sigue el primer criterio.

## **6.2. Ley aplicable**

Una vez que se ha determinado el órgano jurisdiccional competente para conocer la demanda de divorcio, el siguiente paso es determinar la ley aplicable, es decir, el ordenamiento jurídico que se le va a aplicar. En la UE en materia de divorcio se encuentra regulado un reglamento que regula la ley aplicable en éstos supuestos. Éste reglamento es el 1259/2010<sup>68</sup>. La ley aplicable tiene aplicación universal y la designada será la que se aplique aunque no sea la correspondiente al Estado miembro que va a conocer de la demanda de divorcio. El ámbito de aplicación universal es para todos los países que

---

<sup>67</sup> Sentencia núm. 166/2015 de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª), de 10 de Abril de 2015. (JUR\2015\158337).

<sup>68</sup> Reglamento (UE) n° 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. (DOUE, núm. 343, de 29 de Diciembre de 2010).

forman parte de la UE. Para los países que resulte aplicable siempre van a tener que usarla y desplaza al resto.

Los cónyuges tienen libertad para elegir la ley que se le va a aplicar en lo relativo al divorcio según el principio de autonomía de la voluntad de las partes, aunque ésta voluntad se encuentra limitada a la ley de la residencia habitual, la nacionalidad de los cónyuges y a la ley del foro. Por tanto la elección de ley es limitada y restringida. No obstante las partes podrán modificar en cualquier momento la ley aplicable en caso de divorcio, con una limitación máxima hasta la presentación de la demanda ante el órgano jurisdiccional competente. No obstante si la ley del foro lo permite, las partes podrán designar la ley que se le va a aplicar ante el órgano jurisdiccional que esté conociendo durante la tramitación del procedimiento, designando en tal caso la ley del foro.

En defecto de pacto por las partes, o en caso de designar una ley que no sea válida, se le aplicará la ley del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que el período de residencia no haya concluido 1 antes desde que interpusieron la demanda de divorcio, debiendo al menos uno de ellos continuar residiendo el dicho domicilio en el momento que presentan la demanda. En defecto de lo establecido se estará a la nacionalidad de los cónyuges y en defecto de ésta en el órgano jurisdiccional en el que se interponga la demanda.

Lo que pretende el R-1259/10 es que el Tribunal competente para conocer de la demanda de divorcio aplique su legislación correspondiente, para que haya una proximidad en el asunto.

Y un ejemplo de ello es la sentencia dictada por la AP de Murcia<sup>69</sup>, respecto un matrimonio celebrado en Marruecos, que se le aplica la ley española en virtud a lo dispuesto en el art. 8 del R-1259/10.

### **6.3. Reconocimiento y ejecución**

En materia de reconocimiento se aplicará el R-2201/03, que establece que las resoluciones dictadas en algún Estado miembro de la UE, se reconocerán de forma automática en el resto de Estados miembros sin necesidad de acudir a ningún procedimiento. Éste reconocimiento puede solicitarlo cualquiera de las partes. El órgano competente podrá denegarlo por cuestiones de orden público del Estado requerido, por no ser conciliable, conexidad, garantías procesales, debiendo igualmente comprobar si el Tribunal que adoptó la resolución tenía competencia internacional judicial regulada en el art. 64 y se ajuste a las materias reguladas en el art. 22, ambos del mencionado reglamento.

---

<sup>69</sup> Sentencia núm. 7/2018 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), de 11 de Enero de 2018, (AC\2018\1256).

## 7. CONCLUSIONES

**PRIMERA:** El divorcio es una de las crisis matrimoniales que supone la disolución del vínculo matrimonial. En la actualidad cada vez más se elevan el número de parejas que ponen fin al matrimonio. El divorcio se remonta a nuestros antepasados. Ya incluso durante el reinado del Rey Visigodo Recesvinto, se permitía el divorcio en supuestos tasados como eran la sodomía por parte del marido, la prostitución y el adulterio de la mujer, aunque poco duró porque posteriormente se abolió con las siete partidas de Alfonso X el Sabio.

En el año 1870 se introdujo la figura del divorcio que suponía la separación por parte de los cónyuges, esto fue conocido como “divorcio vincular”, pero no fue hasta 1931 cuando con la Constitución se reconociera por primera vez el divorcio en España lo que se dictó la Ley del divorcio de 1932. Éste divorcio apenas perduró en España, ya que con la entrada en el poder de Franco lo abolió en su dictadura.

Más adelante con la llegada de la transición a España se aprueba nuevamente la Ley del divorcio en 1981, lo que supone un paso hacia delante en la democracia. Incluso en el año 2005 se reforma nuevamente la citada ley para intentar una tramitación del divorcio más ágil, calificándose como el “divorcio exprés”, introduciendo ésta reforma que no era necesario acudir previamente a la separación para poder divorciarte, pudiendo dirigirse directamente al divorcio.

**SEGUNDA:** El divorcio puede ser solicitado por ambos cónyuges o uno con o sin el consentimiento del otro. Para poder divorciarse las partes podrán acudir a la autoridad judicial o notarial, teniendo cada una de ellas una serie de particularidades. Dentro de las autoridades judiciales competentes para resolver el divorcio podemos destacar el Juez y el Letrado de la Administración de Justicia. Se acudirá al Juez cuando el divorcio es contencioso, es decir, que exista conflicto entre los cónyuges, o cuando fuese de mutuo acuerdo pero existan hijos menores o incapacitados. El Letrado de la Administración de Justicia intervendrá cuando el divorcio sea consensual entre ambas partes y no existiere hijos menores o incapaces. Igualmente en éste último caso se podrá acudir a la autoridad notarial, en virtud de la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria en el año 2015 que introdujo la novedad de atribuir competencia a los Letrados de la Administración de Justicia, Notarios o Registradores para los supuestos de divorcio de mutuo acuerdo entre las partes cuando no existieren menores o incapaces. Esta novedad da un giro inesperado produciendo con ello la desjudicialización de determinados procedimientos, descargando con ello a los Juzgados y Tribunales y produciéndose una tramitación más ágil que evita dilaciones indebidas en los procesos matrimoniales.

**TERCERA:** Las crisis matrimoniales generan una serie de derechos y obligaciones entre los cónyuges y los hijos en su caso. Para ello se adoptan una serie de medidas que afectan tanto a la parte personal como patrimonial de ambos. Éstas medidas se podrán solicitar bien con carácter previo a la interposición de la demanda de divorcio cuando la urgencia del caso lo prevea, que son las llamadas medidas previas o provisionales, teniendo éstas medidas una vigencia temporal de treinta días desde la solicitud para la presentación de demanda de divorcio. En segundo lugar tenemos las llamadas medidas provisionales que son las que se interponen junto con la demanda de divorcio y continuarán hasta que recaiga sentencia firme que ponga fin al procedimiento. Y por último se encuentran las

medidas definitivas que son aquellas que modifican o mantienen las medias acordadas tanto con carácter previo, como las provisionales solicitadas junto con la demanda y las que definitivamente se adoptarán, pudiendo ser modificadas las mismas si se produjere un cambio sustancial de las circunstancias que se tuvieron en cuenta previamente para resolver las mismas.

**CUARTA:** Cada vez más son más frecuentes episodios de violencia de género que se encuentran directamente relacionados con el entorno familiar, lo que desemboca finalmente en el divorcio. Es por ello por lo que la Ley establece unas particularidades en la tramitación del procedimiento judicial del divorcio cuando se trate de víctimas de violencia de género. Una de las particularidades es el carácter temporal para la presentación de la demanda de divorcio. Con carácter general, los cónyuges deberán presentar la demanda de divorcio cuando haya transcurrido tres meses desde la celebración del mismo, sin embargo para las mujeres víctimas de violencia de género o de violencia doméstica a sus hijos se exceptúa éste requisito temporal pudiendo presentarlo con carácter urgente desde el momento que acrediten una situación de riesgo. Otra peculiaridad es que no serán los Juzgados de Primera Instancia competentes para el conocimiento del divorcio, sino que se le atribuye una competencia excepcional a los Juzgados de Violencia de Género para el conocimiento de los asuntos civiles y penales conjuntamente en los supuestos de violencia de género, debiendo inhibirse a los mismos en el caso de que estuvieren conociendo con anterioridad.

**QUINTA.-** Debido al incremento estadístico de los divorcios y colapso que sufren los Juzgados, se ha introducido una figura conocida como la mediación familiar, como una medida alternativa a la resolución de los conflictos familiares. Ésta medida proporciona numerosas ventajas como es mayor agilidad respecto la vía judicial, menos costosa y las partes pueden elegir libremente a la persona que realizará la función de mediador. La mediación se fundamenta en unos principios como son: la voluntariedad, toda vez que someterse al acto de la mediación en un acto libre y se fundamenta en el principio de autonomía de la voluntad de las partes; confidencialidad, toda vez que lo que se diga en las reuniones tiene un carácter privado; personalísimo, ya que tanto las partes como el mediador deben comparecer personalmente sin representantes; imparcialidad y neutralidad; toda vez que las partes se mantendrá en una postura neutral, no pudiéndose inclinar por ninguna de las partes ni a favor ni en contra; Buena fe, caracterizado por la honestidad; flexibilidad, debiendo adaptarse a las circunstancias en cada caso y profesionalidad, toda vez que la figura del mediador se le requiere una carrera universitaria y una acreditación profesional.

El procedimiento de mediación se desarrollará en unas sesiones comenzándose por la sesión informativa en la que se informará a las partes de sus derechos, y de todo el desarrollo del proceso de mediación. Acto seguido se realizará una sesión constitutiva en la que se levantará un acto haciendo constar todo el objeto de la mediación, debiendo ser firmada por ambas partes y el mediador. Se podría definir como la fase de formalización contractual del proceso de mediación. Posteriormente se procederá a la conclusión del proceso mediador y a la ejecución del mismo, pudiendo las partes acordar la efectividad del mismo bien formalizándolo en escritura pública ante Notario o bien mediante homologación judicial.

**SEXTA.-** Debido a la diversidad de las relaciones personales a nivel internacional, ello ha supuesto que cada vez más se una en matrimonio nacionales de diferentes Estados. Es por ello que la Unión Europea ha querido unificar en materia de crisis matrimoniales la legislación correspondiente a la que se ha de acudir en los supuestos de divorcio entre nacionales de Estados Miembros de la Unión Europea. En primer lugar para determinar el Tribunal competente para el conocimiento de la demanda de divorcio, viene determinado en el Reglamento 2201/03 que dice que recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en el que los cónyuges tuvieran su residencia habitual aplicando éste criterio en primer lugar y en su defecto atendiendo a la nacionalidad de los mismos.

En segundo lugar el Reglamento 1259/2010 tiene carácter universal y es el que determinará la ley aplicable o el ordenamiento jurídico a aplicar. Éste reglamento sigue en primer lugar lo pactado por las partes atendiendo al principio de la voluntad de las partes, con una limitación de ley de residencia habitual, nacionalidad, y ley del foro. En defecto de pacto por las partes se aplicará la ley de la última residencia habitual de las partes.

En materia de reconocimiento de una sentencia de divorcio dictada en otro Estado miembro se le aplicará el Reglamento 2201/03 que determina que se reconocerán las resoluciones dictadas en otros Estados sin necesidad de acudir a un nuevo procedimiento.

## 8. BIBLIOGRAFÍA

- Amusátegui Rodríguez, C. (2012), *Divorcio notarial y convenio regulador; examen de los conflictos que pueden surgir de su cumplimiento y propuestas de posible solución de los mismos*, Diario La Ley, Sección doctrina, 13 de abril de 2012, pp. 1-2.
- Casado Román, J. (2010), “La mediación familiar en el Derecho Español”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, núm. 7/2010, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, p.10.
- Cerdeira Bravo de Mansilla, G. (2014), “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de la Ley de Jurisdicción Voluntaria: su elogio no exento de críticas”, *Revista de Derecho Privado*, núm. 2, marzo-abril 2014, p.102.
- Díez Picazo, L y Gullón Ballesteros, A. (2018), “La disolución del matrimonio”, *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, Tomo I, Edición Duodécima, Ed. Tecnos, p.103.
- Díez Picazo, L y Gullón Ballesteros, A. (2018), “Los efectos comunes a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio”, *Sistema de Derecho Civil: Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Vol. IV, Tomo I, Edición Duodécima, Ed. Tecnos, p.111.
- Domínguez Martínez, P. (2013), “La mediación familiar y la vertebración territorial en España”, *Revista Doctrinal Civil-Mercantil*, núm. 2/2013, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, p.19.
- Gómez Colomer, J.L; Montero Aroca, J; Montón Redondo, A; y Barona Vilar, S. (2010) “Los procesos matrimoniales”, *Derecho Jurisdiccional II, Proceso Civil*, Valencia: Ed. Tirant lo Blanch, p.774.
- Jordá Capitá, E. (2015), “La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la Ley de jurisdicción voluntaria y por la proyectada en la Ley de corresponsabilidad parental en algunos aspectos relativos a la disolución y la liquidación del régimen económico matrimonial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 9/2015, Ed. Aranzadi SA, p. 10.
- Lasarte, C. (2016), “Efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio”, *Derecho de Familia: Principios de Derecho Civil*, Tomo VI, Edición Decimoquinta, Ed. Marcial Pons, p. 118.



- Luquin Bergareche, R. (2006), “Acerca de la necesidad de una Ley estatal de Mediación Familiar en España”, *Sentencias de TSJ y AP y otros Tribunales*, núm. 3/2006, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, p.8.
- Monografías. (2016), “Medidas o efectos de la separación y del divorcio en los procesos de violencia de género”, *El divorcio por violencia de género*, Ed. Aranzadi, S.A.U., (ISBN: 978-84-9135-101-6), p.5.
- Monografías. (2016), “Desarrollo del proceso de mediación familiar”, *La mediación familiar como solución en los conflictos de crisis de pareja*, Ed. Aranzadi, S.A.U., (ISBN: ISBN 978-84-9099-445-0), p. 5.
- Núñez Iglesias, A. (2015),”Apuntes sobre el divorcio ante Notario y su naturaleza”, *Revista de Derecho Civil de la Universidad de Almería*, (ISSN 2341-2216), Vol. 2, núm. 4, p. 163.
- O’Callaghan Muñoz, X; García Carreres, M.R; Gavilán López, J; González Poveda, P; López-Muñiz Criado, C, y Peña García, C. (2001) *Matrimonio: nulidad canónica y civil, separación y divorcio. Aspectos sustantivo y procesal conforme a la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces S.A, p. 208.
- Pérez Conesa, C. (2004), “La mediación familiar ante las crisis matrimoniales”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 11/2004, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, pp.10-11.
- Pérez de Ontiveros Baquero, C. (2015), “Separación y divorcio matrimonial: una lectura inicial tras las modificaciones introducida por la Ley 15/2015, de 2 de Julio, de la jurisdicción Voluntaria”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 10/2015, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, p.6.
- Pérez Martín, A.J. (2017), “Modificación de medidas”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 77/2017, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, p.1.
- Romero Coloma, A.M. (2017), “La extinción de la pensión compensatoria por convivencia marital con otra persona”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 75/2017, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, p.12.
- Sánchez Calero, F.J. (2017), *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia y Derecho de Sucesiones*, Ed. 8ª, ed. Tirant lo Blanch, p.113.
- Tratados y Manuales Civitas. (2015), *Procesos de Familia y división de patrimonios*, (BIB 2015\34), Ed. Aranzadi, S.A.U., (ISBN 978-84-470-4758-1), p.1.

- Ureña Martínez, M. (2007), “Separación conyugal y malos tratos”, *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, núm. 6/2007, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor p.12.
- Villagrasa Alcaide, C. (2011), “Los procesos matrimoniales”, *Derecho de familia: procesos matrimoniales, convenio regulador, ejecución de sentencias, recursos, régimen tributario, familia y extranjería, parejas estables y otras vinculaciones personales y patrimoniales*, Primera edición, Ed. Bosch, S.A (ISBN: 978-849790-840-5) p. 308.
- Viteri Zubia, I. (2013), “La trascendencia de la violencia de género en los procesos matrimoniales de separación y divorcio”, *Revista de Derecho de Familia*, núm. 60/2013, Ed. Aranzadi, S.A.U., Cizur Menor, p.6.

### WEBGRAFÍA

- [http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica\\_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206](http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/operacion.htm?c=estadistica_C&cid=1254736176798&menu=ultiDatos&idp=1254735573206) (Fecha de consulta: 16/04/19).
- <http://www.rtve.es/noticias/20180924/divorcios-suben-1-hasta-102342-rupturas-matrimoniales-2017/1805274.shtml> (Fecha de consulta: 16/04/19).
- <https://www.notariosyregistradores.com/web/secciones/oficina-notarial/modelos/escritura-de-divorcio-ante-notario-de-mutuo-acuerdo/>(Fecha de consulta 19/04/19).
- [http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAMtMSbF1jTAAAUMTcwsjtbLUouLM\\_DxbIwMDCwNzQzOOQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAZc9z8TUAAA=WKE](http://guiasjuridicas.wolterskluwer.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAA AAEAMtMSbF1jTAAAUMTcwsjtbLUouLM_DxbIwMDCwNzQzOOQGZapUt-ckhlQaptWmJOcSoAZc9z8TUAAA=WKE) (fecha de consulta 19/04/19).
- <https://www.juntadeandalucia.es/organismos/turismoregeneracionjusticiayadministracionlocal/areas/justicia/mediacion/paginas/normativa-mediacion.html> (fecha de consulta 11/05/19).

### LEGISLACIÓN

- Constitución Española de 1978 (BOE, núm. 311, de 29 de diciembre de 1978).
- Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. (Gazeta de Madrid, núm. 149, de 29 de Mayo de 1862).
- Ley Provisional del Matrimonio Civil de 21 de Junio de 1870. (Gazeta de Madrid, núm. 172, de 21 de Junio de 1870).
- Ley de divorcio de 12 de Marzo de 1932. (Gazeta de Madrid, núm. 72, de 11 de Marzo de 1932).

- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (BOE, núm.157, de 2 de Julio de 1985).
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil. (BOE, núm. 7, de 08 de Enero de 2000).
- Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género. (BOE, núm. 313, de 29 de Diciembre de 2004).
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio. (BOE, núm. 163, de 9 de Julio de 2005).
- Ley 1/2009, de 27 de Febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía. (BOE, núm. 80 de 2 de Abril de 2009; BOJA núm. 50, de 13 de Marzo de 2009).
- Ley 20/2011, de 21 de Julio, del Registro Civil. (BOE, núm. 175, de 22 de Julio de 2011).
- Ley 5/2012, de 6 de Julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles. (BOE, núm. 162, de 7 de Julio de 2012).
- Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. (BOE, núm. 158, de 3 de Julio de 2015).
- Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. (Gazeta de Madrid, núm. 206, de 25 de Julio de 1889).
- Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000. (DOUE, núm. 338, de 23 de diciembre de 2003).
- Reglamento (UE) nº 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial. (DOUE, núm. 343, de 29 de Diciembre de 2010).

## **9. JURISPRUDENCIA**

### **Resoluciones del Tribunal Supremo**

- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 21 de Septiembre de 2011, núm. 625/2011, rec.1491/2008 (RJ 2011\6575).
- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 10 de Abril de 2012, rec.23/12 (RJ\2012\5742).

- Auto del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 2 de Abril de 2013, rec.262/2012 (RJ\2013\3157).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª) de 11 de Enero de 2017, núm. 4/2017, rec.1945/2015 (RJ 201\228).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 27 de Junio de 2017 núm. 412/2017, rec.1642/2016 (RJ 2017\3295).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección 1ª), de 7 de Noviembre de 2018, núm. 615/18, rec.12208/2018 (RJ 2018\4748).
- Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Civil, Sección Pleno), de 20 de Noviembre de 2018, núm. 641/18, rec.82/18 (RJ 2018\5086).

#### **Resoluciones de la Audiencia Provincial**

- Sentencia núm. 168/1998 de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección 5ª), de 9 de Marzo de 1998, (AC\1998\2377).
- Auto núm. 628/1998 de la Audiencia Provincial de Alicante (sección 4ª), de 6 de Octubre de 1998, (AC\1998\1930).
- Auto núm. 105/1998 de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 2ª), de 16 de Noviembre de 1998, (AC\1998\2377).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de A Coruña (Sección 5ª), de 7 de Febrero de 2005, rec.361/2000, (JUR 2003\174651).
- Sentencia de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección Tercera), de 11 de Abril de 2002, rec.424/2001, (JUR\2002\165059).
- Auto núm. 37/2007 de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 2ª), de 22 de Marzo de 2007, (AC\2007\1167).
- Sentencia núm. 26/13 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), de 17 de Enero de 2013, (JUR 2013\60122).
- Sentencia núm. 166/2015 de la Audiencia Provincial de Tarragona (Sección 1ª), de 10 de Abril de 2015. (JUR\2015\158337).
- Sentencia núm. 97/2015 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), de 9 de Junio de 2015, (JUR\2015\180772).

- Sentencia núm. 235/2016 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), de 14 de Abril de 2016, (AC\2016\1309).
  
- Sentencia núm. 7/2018 de la Audiencia Provincial de Murcia (Sección 4ª), de 11 de Enero de 2018, (AC\2018\1256).