

DERECHO DE FAMILIA AVANZADO

BLOQUE 2: LAS RELACIONES DE PAREJA. MATRIMONIO. CAPITULACIONES MATRIMONIALES. REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES. PAREJAS DE HECHO.

(MATERIAL DIDÁCTICO PARA ALUMNOS DEL GRADO EN DERECHO)

PARTE 1: LAS RELACIONES DE PAREJA. EL MATRIMONIO.

(Coordinador: José Manuel Ruiz-Rico Ruiz)

**Autores: José M. Ruiz-Rico Ruiz
Catedrático de Derecho Civil**

1. EL MATRIMONIO. AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD EN EL MATRIMONIO.

- El matrimonio es un contrato “sui generis”, históricamente cargado de matices religiosos e ideológicos. Se detecta una evidente y progresiva secularización y aproximación a los contratos civiles, sobre todo de orden societario.
- Es un vínculo legal, constituido de por vida, entre dos personas, con específicos deberes y derechos recíprocos, celebrado mediante determinadas solemnidades legales.

- Aspectos críticos:

a) Es realmente un contrato? ¿Qué obligaciones nacen para las partes, que respondan a las características de las obligaciones (Libro IV del C.Civil)? Son obligaciones de contenido no patrimonial, *salvo la de sostenimiento o socorro mutuo, en su vertiente patrimonial*. (Sobre la posibilidad de responsabilidad civil por incumplimiento, remitimos a los deberes conyugales).

- Se diferencia de los contratos al uso en que no tiene contenido patrimonial (no es del todo cierto) y en que no hay intereses contrapuestos (pero se parece mucho a los contratos societarios, donde tampoco los hay).

-Se dice que no es contrato o negocio jurídico, porque no hay posibilidad de modificar su contenido (no es tampoco cierto del todo: es verdad lo dispuesto por el art. 58 CC, pero eso no impide modificaciones mediante pacto).

¿Qué hay de “jurídico” en el matrimonio?

- 1.- El deber de alimentos entre cónyuges, mientras no exista divorcio (o separación), entendido como deber de sostenimiento, y no como deber de alimentos ex artículo 142 ss. Del Código Civil.
- 2.- La presunción de paternidad.

3.- El deber de contribuir al sostenimiento de las cargas familiares (sea cual sea el REM elegido): contribuirán según lo pactado o, en su defecto, de forma proporcional a sus respectivos caudales e ingresos.

4.- Quizás también el deber de compartir las responsabilidades domésticas y el cuidado y atención de ascendientes y descendientes u otras personas a su cargo (art. 68 CC).

b) ¿Qué valor tienen los deberes recíprocos entre las partes, cuando uno de ellos manifiesta la voluntad de disolución? Ello nos remite a las consecuencias de la separación de hecho y a la eficacia de los pactos expresos o tácitos en la separación de hecho.

c) ¿Deben ser tan relevantes hoy las formalidades para constituirlo, cuando se es tan permisivo en cuanto a las exigencias legales para la disolución?

Por lo pronto, puede decirse que en la actualidad, en el derecho español, hay una cierta disfunción entre las exigencias para constituirlo y las facilidades para su ruptura (es muy fácil divorciarse, pero sigue siendo muy rígida la forma para contraerlo, lo cual no es demasiado coherente, dado que tanto la constitución como la ruptura del matrimonio van a tener acceso al Registro Civil).

- La solemnidad: En principio, responde a una idea de seguridad jurídica y de protección de terceros, por un lado (en su diferencia con las uniones de hecho), y a la tradición, por otro.

- Para determinar el valor de la solemnidad en el matrimonio hay que preguntarse qué aspecto de la forma del matrimonio es verdaderamente relevante y puede generar nulidad matrimonial. Respuesta: Muy poco (la intervención de la autoridad competente y la presencia de dos testigos); lo demás no es relevante y no conlleva la nulidad del matrimonio (ni la tramitación del expediente matrimonial, ni la competencia del autorizante, ni la lectura de los preceptos legales del Código, etc., conforman datos formales esenciales). Ver arts. 53 y 73 CC.

Podemos al respecto hacernos las siguientes preguntas:

1.- ¿Podría en el futuro disponerse por una ley la innecesidad de la presencia de dos testigos, por ejemplo, en el matrimonio ante Notario, habida cuenta que se trata de un fedatario público?

2.- ¿Sería viable una nulidad de un matrimonio celebrado ante Notario si por la razón que sea no concurren los testigos (por ej., por confinamiento de la población)?

- Existen en Derecho español variedad de formas/solemnidades, al reconocerse la forma canónica, y las de otras confesiones (judaica, musulmana, evangelista), aunque un modelo legal único de matrimonio.

- No existe una idea inmutable e inamovible de lo que sea matrimonio: su contenido ha ido evolucionando con el tiempo (en España, por ej., han cambiado los deberes conyugales: arts. 66 ss. CC, con la modificación introducida en el año 2005 al artículo 68 CC para incluir el deber de compartir las tareas domésticas y la asistencia a hijos y parientes que convivan), y en función de cada sociedad.

- Su función es la de satisfacer necesidades de las personas en el aspecto afectivo, con el fin de desarrollo de la personalidad. Históricamente ha estado vinculado a las necesidades de procreación.

- El Matrimonio como negocio o como acto jurídico: ¿hay posibilidad de alteración por voluntad de los otorgantes?

Sí es posible, al menos lo puede ser en los aspectos patrimoniales.

En lo personal, también sería posible, a nuestro juicio, en la medida en que las alteraciones no lo desfiguren y no permitan identificarlo como tal.

No se puede olvidar que el Estado no debe poder inmiscuirse en el ámbito de intimidad de las personas, y la vida familiar y el domicilio familiar es uno de esos ámbitos). Estaría en juego además el principio del libre desarrollo de la personalidad. De todos modos, *el régimen legal persistirá inmutable frente a terceros* en la medida en que no sea formalmente disuelto o alterado (en lo económico), a menos que los terceros no sean de buena fe y se les haya dado conocimiento de esas posibles alteraciones.

- No obstante, el legislador concibe el matrimonio como único en cuanto modelo legal inalterable, al menos en el momento de su celebración. Así parece quererlo nuestro legislador todavía, tal como se deduce del artículo 58 CC. Normalmente, eso se justifica en razones de seguridad jurídica, y quizás por razones de facilidad, y por las dificultades de que los terceros puedan conocer con total precisión las posibles alteraciones concretas en su régimen.

En relación a esto último, sólo desde abril del año 2021 está ya plenamente vigente Ley del Registro Civil de 2011 en cuanto al acceso de los pactos en capitulaciones al Registro Civil, aun cuando eso no afecta a los matrimonios celebrados con anterioridad. Por tanto, sigue siendo muy difícil a los terceros conocer todos los específicos pactos entre cónyuges, ya que el Registro Civil aún no los publica en su mayoría, a pesar de estar prevista ya la publicación o transcripción de los acuerdos o pactos económicos concretos que puedan afectar al régimen económico matrimonial (art. 1333 CC y art. 60 LRC); antes sólo se practicaba una “mención” registral al REM. No sucede así con los matrimonios ya inscritos antes de entrar en vigor la LRC en este punto, respecto de los cuales sigue sin poder saberse el contenido de sus pactos en capitulaciones, y no hay prevista legalmente una posibilidad de incorporar los pactos al Registro Civil de forma sobrevenida, ni siquiera de manera voluntaria u opcional.

- Matrimonio como creador de un estado civil: Hoy ha perdido buena parte de su relevancia, al poderse disolver con suma facilidad.

- ¿Eficacia del acuerdo de extinción del matrimonio *inter partes*, antes incluso de la sentencia? No se ha planteado en la jurisprudencia como tal, pero sí respecto de los pactos de separación de hecho (Cuestión conexas con esta es la de si la sentencia de divorcio es constitutiva o declarativa. Sobre ello se vuelve más adelante).

- ¿Qué valor tiene la decisión unilateral de disolver el matrimonio? Hay que pensar que la misma no impide una reconsideración de la decisión (no es irrevocable, y puede dar lugar al desistimiento de demanda de divorcio unilateral aún no concluida con sentencia firme).

2.- LOS PACTOS PREMATRIMONIALES Y LAS CAPITULACIONES MATRIMONIALES. EL CONVENIO REGULADOR.

REMISION A LO TRATADO EN EL BLOQUE 1 ANTERIOR

3. LAS CRISIS MATRIMONIALES Y EL DIVORCIO. DIVORCIO CONSENSUAL Y DIVORCIO NOTARIAL:

La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio vino a establecer y subrayar de forma contundente la preponderancia del consentimiento de los cónyuges en la regulación del matrimonio, del siguiente modo:

“...La reforma que se acomete pretende que la libertad, como valor superior de nuestro ordenamiento jurídico, tenga su más adecuado reflejo en el matrimonio....”

...Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación.

...En suma, la separación y el divorcio se concibe como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos.

Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales....”.

Estas palabras, y su traducción a nivel normativo, nos lleva a utilizar la expresión “**principio del consentimiento**” como nuevo principio general relevante en la regulación actual del matrimonio y sus incidencias.

Es manifiesto que esa preponderancia del consentimiento se manifiesta de forma explícita en la regulación del divorcio, en cuanto que nuestro Código Civil ha dispuesto la posibilidad del divorcio por petición unilateral de cualquiera de los

cónyuges, sin necesidad de alegación de causa o motivo alguno, y el Juzgador no tiene margen alguno para desestimar esa pretensión, salvo que no se cumpla el período mínimo de 3 meses de vigencia del matrimonio.

La reforma operada por la posterior y más reciente Ley 15/2015 de 2 de julio de Jurisdicción Voluntaria, ha venido a reforzar esta idea, en cuanto se desacraliza de modo definitivo y se contractualiza aún más el matrimonio, al dar entrada a la celebración de matrimonio ante Notario (aparte de ante el Secretario Judicial), dando mayor relevancia a las manifestaciones de voluntad.

Pero aún más clara es la nueva regulación del divorcio, en cuanto la presencia de los dos fedatarios públicos (Notarios y Secretarios judiciales), refuerza la idea de que, para conseguir la separación y sobre todo el divorcio, ante el hecho incontestable de que no cabe ya negar por la autoridad pública competente la disolución del matrimonio una vez solicitado, resulta decisivo que quede constancia fehaciente de la voluntad inequívoca de los dos cónyuges de dar por extinguido el vínculo matrimonial.

Entendemos, además de lo anterior, que ese “principio del consentimiento” puede también haber influido en otros aspectos de la regulación del matrimonio y sus efectos, que no han sido tenidos en cuenta por el legislador en estas dos últimas reformas legales, y que probablemente deberían ser objeto de tratamiento en una futura normativa, o, a falta de la misma, de una reinterpretación de su sentido y alcance:

3.1.- En cuanto a la nulidad matrimonial y la reducción de su relevancia:

Algún sector de nuestra doctrina ya ha expresado que un divorcio como el vigente, al depender de la voluntad de cada uno de los cónyuges, viene a facilitar de tal modo la disolución del vínculo, que muchas de las situaciones que podrían encauzarse a través de la nulidad matrimonial, tenderán a concretarse en la práctica en una acción de divorcio.

Este cambio de mentalidad del legislador debería, de hecho, propiciar una reconsideración en bloque de las distintas causas de nulidad matrimonial, precisamente porque el divorcio actual sin alegación de causa permite más rápida y eficazmente la disolución del vínculo, con efectos similares a la nulidad y evitando que los jueces entren en consideraciones personales, como las de si hubo o no voluntad para casarse o si dicha voluntad estuvo o no viciada.

En todo caso, al margen de posibles consideraciones *de lege ferenda*, entendemos que, a la hora de aplicar el Derecho vigente, los Tribunales pueden hacer ya una interpretación de las normas sobre nulidad matrimonial más acorde con ese nuevo espíritu legal, orientando en lo posible a los sujetos hacia la disolución por divorcio, mediante una doctrina relativamente más exigente respecto de las causas de nulidad matrimonial, así como respecto de sus posibles efectos. Así podría suceder, por ejemplo, a la hora de valorar la ausencia de los dos testigos en la celebración del matrimonio, si éste se celebró ante Notario, que es un fedatario público, cuya fe podría sustituir la prestada por los dos testigos.

Así también, por ejemplo, nada impide que los Jueces y Tribunales faciliten una interpretación más propicia a inaplicar el cauce de la nulidad matrimonial, por ejemplo, a través de un incremento de los casos de convalidación de matrimonios originariamente nulos, por el transcurso del tiempo, con apoyo justamente en una voluntad (tácita) de los afectados de aceptar los efectos del matrimonio, a través del inicio y continuación de la convivencia durante un tiempo relevante (normalmente, el de un año, como criterio general, con base en la referencia de los arts. 75.2 o 76.2 CC, que podría ser trasladable a los otros supuestos de nulidad).

3.2.- En cuanto a la separación de hecho:

En la dirección antes señalada, y como primera manifestación específica de dicho principio en el ámbito de las crisis matrimoniales, ha de afirmarse que la reforma legal de 2005 vino a afectar una materia tan relevante como la separación de hecho, en sus distintos aspectos y consecuencias jurídicas, hasta el punto de hacer pivotar sobre ella buena parte de las consecuencias jurídicas de las crisis matrimoniales, como ahora se comprobará.

Este cambio legal ha quedado reflejado en dos aspectos relevantes, como son, por un lado, la deseada reforma de las normas sobre sucesión intestada del cónyuge viudo (art. 945 CC) y sucesión legitimaria del mismo (art. 834 CC), en cuanto a la exclusión de derechos sucesorios del cónyuge a partir de la separación de hecho de los cónyuges, sea cual sea el motivo; y por otro, la supresión del concepto de cese efectivo de la convivencia conyugal que aparecía en la antigua redacción del artículo 87 CC, de gran relevancia, y que decía literalmente:

Artículo 87. El cese efectivo de la convivencia conyugal, a que se refieren los artículos 82 y 86 de este Código, es compatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio, cuando ello obedezca en uno o en ambos cónyuges a la necesidad, al intento de reconciliación o al interés de los hijos y así sea acreditado por cualquier medio admitido en derecho en el proceso de separación o de divorcio correspondiente.

La interrupción de la convivencia no implicará el cese efectivo de la misma si obedece a motivos laborales, profesionales o a cualesquiera otros de naturaleza análoga.

Sin embargo, la reforma de 2005 dejó sin resolver la cuestión de cuándo y en qué circunstancias debe considerarse producida en la actualidad la situación de separación de hecho, y el valor que haya de atribuirse en la práctica a la voluntad unilateral o bilateral de separarse.

Por lo pronto, no se puede perder de vista que, en buena medida, los criterios del antiguo art. 87 CC giraban alrededor de la voluntad de los cónyuges de separarse, exteriorizada convenientemente, dado que, por ejemplo, podía existir separación conyugal aun viviendo bajo el mismo techo, o no existir la misma a pesar de la separación física (por razones profesionales, de salud o similares). En realidad, la existencia o no de separación se hacía bascular implícitamente, ya entonces, alrededor de la voluntad de vivir juntos en comunidad, y de la existencia o no de “ *affectio maritalis* ”, y no del mero dato de hecho vivir o no bajo el mismo techo (ya que puede suceder que vivan bajo el mismo techo por no disponer de dos viviendas o alojamientos, habiendo ya una verdadera ruptura de la pareja).

Así pues, habrá que cuestionarse si, en la actualidad, el momento para determinar, a los distintos efectos legales, cuándo se inicia la separación de hecho entre los cónyuges, no debería ser aquel en que se expresó la voluntad de hacerlo, por uno o por ambos cónyuges, con independencia del momento en que se produjo la separación física o material de los mismos.

Por lo tanto, la declaración o manifestación externa de la voluntad (unilateral o bilateral) de separarse puede erigirse en aspecto fundamental de la vigente regulación del matrimonio y sus efectos, examinándose en cada caso el momento en que se produjo dicha manifestación, ya que es perfectamente imaginable que transcurra un período de tiempo entre el momento en que se exteriorizó esa voluntad y su plasmación en una separación física de los cónyuges mediante un cambio de domicilio o residencia de uno de ellos o de ambos. Es más, debe tenerse en cuenta que es probable que esa separación física no llegue siquiera a materializarse, ya que, como se ha avanzado, en unos momentos económicos y sociales como los presentes, existen parejas que, aun estando resueltas a separarse, por falta de “ *affectio maritalis* ”, su situación económica o personal no les permite materializar esa voluntad, al no disponer de medios suficientes para sufragarse un cambio de residencia de uno de ellos.

3.3.- En cuanto a la acción de divorcio:

De nuevo conviene cuestionarse acerca de los efectos del consentimiento expresado por uno de los cónyuges de querer divorciarse, y sus posibles repercusiones en los momentos anteriores a la adquisición de firmeza de la sentencia de divorcio.

No existe en nuestro Derecho una norma que separe netamente lo que es la intención de divorciarse (o la solicitud de divorcio, unilateral o bilateral), y lo que son las medidas y actuaciones que sobrevendrán a la declaración judicial de divorcio. Nuestra normativa civil y procesal establece que, siendo el divorcio objeto siempre de una resolución judicial, en la misma deben incluirse necesariamente las medidas definitivas derivadas de la disolución matrimonial.

Tan sólo en el caso de divorcio consensual (art. 777.6 y 7 LEC), si la sentencia no aprobase en todo o en parte la propuesta de Convenio regulador presentado, es posible dictar sentencia declarando el divorcio, dejando para después la resolución mediante auto de las medidas concretas derivadas del mismo. Leemos los citados apartados del art. 777 LEC:

Artículo 777. Separación o divorcio solicitados de mutuo acuerdo o por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro.

.... 6. Cumplido lo dispuesto en los dos apartados anteriores o, si no fuera necesario, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador.

7. Concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente.

8. La sentencia que deniegue la separación o el divorcio y el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges podrán ser recurridos en apelación. El recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspenderá la eficacia de estas, ni afectará a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o al divorcio.

Por tanto, salvo esta excepción, no cabe, en principio, que se resuelva sobre la desaparición del vínculo antes que sobre el resto de medidas y consecuencias jurídicas de la ruptura.

Se trata de una decisión de política legislativa que contrasta con la de otros Ordenamientos jurídicos, por ejemplo, Noruega, en los cuales se permite decidir y hacer efectiva primero la disolución del vínculo por el divorcio (a través de una resolución administrativa, por ejemplo), dejando para un momento posterior la adopción de medidas derivadas de dicha disolución.

En el Derecho español, tan sólo es posible dejar para un momento posterior materias como la liquidación del régimen económico matrimonial, y otros aspectos puntuales (por ej., derecho de visita de los abuelos, división de cosas comunes en

el régimen de separación de bienes); el resto de cuestiones (asignación de guarda de los hijos, uso de la vivienda familiar, pensión compensatoria, etc.) deben acompañar a la sentencia de divorcio, salvo el caso antes referido del art. 777.7 LEC.

Ello produce como consecuencia negativa el que en nuestros procesos matrimoniales pueda tardarse bastante tiempo en acordarse judicialmente el divorcio, a pesar de la firme decisión de uno o de ambos cónyuges, con la consiguiente pendencia de efectos tanto *inter partes* como frente a terceros, a la espera de resolverse sobre las medidas derivadas de la ruptura, sobre todo cuando se trata de un divorcio solicitado unilateralmente.

Además del supuesto citado del art. 777.7 LEC, nuestro Ordenamiento procesal, ha intentado también paliar, pero de nuevo sólo en parte, este efecto pernicioso, a través de los arts. 774.5 y 777.8 de LEC, los cuales expresamente -antes incluso de la reforma de 2005- prevén que, en caso de recurso de apelación, si no se discute sobre la ruptura del vínculo, sino sólo sobre las medidas concretas conforme a los arts. 90 ss. CC, entonces la sentencia de divorcio devendrá firme, y será declarada por el Secretario Judicial, lo cual implica que la misma ya será eficaz desde el momento mismo de la fecha en que se dictó dicha sentencia por el Juzgado. Dispone el art. 774.5 LEC:

Artículo 774. Medidas definitivas.

1. *En la vista del juicio, si no lo hubieren hecho antes, conforme a lo dispuesto en los artículos anteriores, los cónyuges podrán someter al tribunal los acuerdos a que hubieren llegado para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio y proponer la prueba que consideren conveniente para justificar su procedencia.*
2. *A falta de acuerdo, se practicará la prueba útil y pertinente que los cónyuges o el Ministerio Fiscal propongan y la que el tribunal acuerde de oficio sobre los hechos que sean relevantes para la decisión sobre las medidas a adoptar.*
3. *El tribunal resolverá en la sentencia sobre las medidas solicitadas de común acuerdo por los cónyuges, tanto si ya hubieran sido adoptadas, en concepto de provisionales, como si se hubieran propuesto con posterioridad.*

4. En defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, el tribunal determinará, en la propia sentencia, las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, la atribución, convivencia y necesidades de los animales de compañía, disolución del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, estableciendo las que procedan si para alguno de estos conceptos no se hubiera adoptado ninguna.

5. Los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieren acordado en ésta. Si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará por el Letrado de la Administración de Justicia la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio.

Lo anterior lleva de forma casi inexorable a defender que, sean cuales sean las circunstancias, la firmeza de la resolución judicial sobre ruptura del vínculo ni siquiera va a necesitar el transcurso del plazo de 20 días para interponerse recurso de apelación sin que finalmente se presente, lo cual supone como consecuencia relevante que a partir de la sentencia, ya se entenderá disuelto el vínculo a todos los efectos, a algunos de los cuales nos referimos luego.

Ello debería llevar además a la ejecutabilidad de la sentencia de divorcio mediante la inmediata inscripción del mismo en el Registro Civil, incluso de oficio, o en todo caso, como ejecución (ni siquiera provisional, sino definitiva) de sentencia.

Cabría plantearse, no obstante, la duda respecto del divorcio unilateral o instado sólo por uno de los cónyuges, y las consecuencias de la sentencia que se pudiera dictar, en cuanto que en éste puede haber oposición del otro cónyuge, e incluso un posible recurso de apelación del mismo, referido específicamente a la disolución misma del matrimonio. Sin embargo, entendemos que, tal como está la regulación actual del divorcio tras la reforma de 2005, en donde el Juez prácticamente no tiene nada más que hacer que decretar el divorcio, sin posibilidad de poner en duda prácticamente nada, nunca o casi nunca se va a apelar una sentencia de divorcio.

Para refrendar esta conclusión, habría que aclarar previamente en qué posibles casos el Juez o Tribunal podría rechazar una demanda de divorcio unilateralmente presentada por uno de los cónyuges. Los hipotéticos motivos que pudieran

presentarse para que el Juzgador, en primera instancia, rechazase la demanda de divorcio presentada, podrían ser los siguientes:

a) No cumplimiento del plazo de tres meses de vigencia del matrimonio: Sería la hipótesis más viable de desestimación de la demanda de divorcio. Sin embargo, cabe cuestionarse si en algún caso llegará a ser efectiva cuando, faltando sólo algunos días para cumplir ese plazo, el mismo transcurre durante la tramitación del procedimiento (lo cual será altamente probable dada la saturación judicial, y visto el tiempo necesario para los emplazamientos y posible contestación a la demanda por el otro cónyuge, si no era divorcio consensual). Parece razonable, por un principio de economía procesal, la estimación final de la demanda, siempre que por alguna razón la misma hubiera pasado el filtro previo de la admisión a trámite. En tanto se acredite la constante y renovada voluntad del peticionario de disolver el vínculo, al presentar los correspondientes escritos (sobre medidas provisionales, sobre comparecencia a las vistas, sobre alegaciones y pruebas relativas a las medidas concretas por adoptar, etc.), debería decretarse finalmente el divorcio, al no haber razones para estimar una posible indefensión del otro cónyuge por faltar el plazo de tres meses, sobre todo si se tiene en cuenta que según ley la disolución del vínculo es viable con la simple voluntad de divorciarse, aun con la oposición del otro. Incluso en caso de inadmisión a trámite de la demanda, si el demandante hubiese recurrido esa resolución, y entre tanto hubiese transcurrido el plazo de tres meses, difícilmente el Juez o el tribunal se verá sustraído a ese hecho, pudiendo optar por razones prácticas por estimar el recurso.

b) Defectos de orden procesal: Por ejemplo, no acompañar a la demanda los documentos exigidos legalmente (art.770.1ª LEC). No parece que éste deba ser un freno a la solicitud y consiguiente estimación del divorcio, en la medida en que se trataría seguramente de defectos subsanables, permitiendo la incorporación de los mismos a requerimiento judicial. La desestimación en tales casos implicaría una consecuencia desorbitada, como sería la denegación de una ruptura matrimonial expresamente deseada.

c) Falta de acreditación del matrimonio: Parece que tampoco debería ser obstáculo el hecho de que el matrimonio no se halle inscrito en el Registro y se pida su disolución por divorcio. En la medida en que a lo largo del procedimiento se acredite que tal matrimonio se celebró, aunque no se hayan cumplido las exigencias de forma (otorgamiento de Acta, inscripción registral), el Juez debe decretar el divorcio, en tanto lo solicite uno de los cónyuges.

d) Posible prueba de reconciliación: La podría practicar el otro cónyuge (demandado) en su escrito de contestación. Sin embargo, el hecho mismo de manifestarse procesalmente por el cónyuge actor su voluntad de continuación del procedimiento, a través de los subsiguientes escritos presentados por su representación procesal, sería prueba irrefutable, a pesar de lo manifestado de contrario por el otro, de que, aun habiéndose producido una previa e hipotética reconciliación o intento de la misma, dicha situación habría cesado, quedando sin efecto como posible causa de denegación del divorcio. En consecuencia, habrá de estimarse igualmente la petición de divorcio.

En conclusión, parece en la práctica difícilmente viable, si no imposible de hecho, una sentencia que desestime la pretensión de divorcio, en tanto el mismo hubiese sido solicitado por uno de los cónyuges de forma inequívoca, y por tanto, poco probable un recurso de apelación afectante al divorcio mismo.

Volviendo a la cuestión de las posibles demoras en la sentencia de divorcio y sus consecuencias, es obvio que los problemas prácticos de nuestra regulación no se solucionan del todo con los antes citados arts. 774.5 y 777.8 LEC, ni con la interpretación que se sugiere sobre la no necesidad de esperar al transcurso de 20 días del recurso de apelación para entender firme la sentencia dictada en primera instancia, en cuanto que las dificultades pueden seguir existiendo en los casos en que haya ya una demanda unilateral de divorcio interpuesta, y antes de la sentencia firme en primera instancia, se produzcan determinados hechos relevantes (v.gr., el fallecimiento del propio actor antes de dictarse sentencia; o la celebración de un segundo matrimonio, etc...).

Parece claro que el legislador del 2005 no tuvo en cuenta las consecuencias del cambio del espíritu legal en materia de divorcio, abiertamente favorable a tener en cuenta el consentimiento o voluntad de divorciarse, y debió dar respuesta adecuada a estas situaciones desde el punto de vista procesal. Ello plantea la necesidad de una reforma legal para corregir los efectos un tanto perniciosos de la exigencia de firmeza de la sentencia, adaptándolos al nuevo principio de prevalencia de la voluntad como referencia básica para decretar el divorcio, y permitiendo una eficacia retroactiva, cuando menos parcial, al momento de interposición de la solicitud o demanda de divorcio consensual o unilateral. Sobre ello se vuelve más adelante.

Es más, vistos los anteriores datos, habría que cuestionarse también *de lege ferenda* si debe ser atribuida la potestad de decidir la disolución del vínculo por divorcio al Juez, o bien hacerlo preferiblemente a un funcionario público distinto, siguiendo al efecto un procedimiento típicamente administrativo. Desde luego, como ya se ha señalado, la actuación del Juez en la declaración misma de divorcio, aun unilateral (y al margen de las medidas definitivas tras la ruptura ex arts. 90 ss.y 102 ss. CC), no es en modo alguno jurisdiccional, sino que se limita a la comprobación de la exigencia legal de que había matrimonio entre las partes y de que su duración es de tres meses como mínimo, así como a la supervisión de las exigencias formales, exigencias éstas que no tienen apenas relevancia desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva

del otro cónyuge, en cuanto que no suponen indefensión del mismo, dada la importancia de la voluntad unilateral del otro de divorciarse, que viene a impregnar absolutamente el procedimiento.

4.- LA ACCIÓN DE DIVORCIO Y SUS EFECTOS:

4.1.- Sobre el carácter vitalicio de la acción de divorcio, y su extinción con la muerte de uno de los cónyuges:

Es la nota característica de la acción de divorcio más claramente recogida en el C.Civil: seguramente de ahí viene la postura doctrinal tradicional acerca del carácter personalísimo de la acción de divorcio. El artículo 88 CC dice que la acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación. Por lo tanto, al hacerse depender su vigencia de la supervivencia misma de ambos cónyuges, parece lógico concluir que es una acción personalísima.

La referencia legal del art. 88 CC debe significar, por lógica, que el fallecimiento de uno de los cónyuges impide igualmente la continuación del proceso de divorcio ya iniciado, ya se hubiese iniciado a instancias de uno o ambos cónyuges, ya incluso se hubiese instado por un tutor (hoy curador) o representante legal de uno de ellos, sin que a estos efectos tenga relevancia la doctrina emanada de la STS de 21 de septiembre de 2011, que concede a aquél legitimación activa para demandar el divorcio en nombre y representación del cónyuge incapaz, y a la que ahora nos referiremos.

Sin embargo, este carácter vitalicio de la acción de divorcio debería ser revisado, por cuanto, como ya se ha visto en parte y ahora se comprobará, pueden existir situaciones en las cuales resulte razonable permitir la continuación del proceso de divorcio hasta su conclusión mediante sentencia, al poderse producir efectos inadecuados si se aplica sin más la extinción automática de la acción de divorcio con la muerte de alguno de los cónyuges, o su reconciliación. Veamos de forma individualizada estas dos causas de extinción de la acción de divorcio.

4.1.1.- La muerte de uno de los cónyuges como causa de extinción de la acción de divorcio, y su problemática a la luz de la reforma de 2005:

Ese carácter personalísimo de la acción de divorcio ya empieza planteando problemas de cierta relevancia. Por ejemplo, en cuanto a las consecuencias del inicio de un proceso de divorcio ante el Juez o Secretario judicial por uno solo de los cónyuges, cuando se produce el fallecimiento del mismo antes de llegarse a dictar sentencia, o cuando ya ha habido sentencia pero no notificada aún, o ya notificada, pero sin que aún haya adquirido firmeza la sentencia. (No nos referimos al divorcio ante Notario, el cual produce efectos inmediatos con el solo otorgamiento de Escritura pública conteniendo las voluntades inequívocas de disolver el matrimonio y las estipulaciones propias del convenio regulador).

Sobre este problema, cabe citar alguna Jurisprudencia favorable al criterio estricto de la extinción de la acción de divorcio, por fallecimiento de uno de los cónyuges, y la finalización por tal causa del proceso ya iniciado, fuesen cuales fuesen las posibles consecuencias. Así, cabe citar, previa a la reforma de 2005, la Sentencia de A.P. Madrid (Sección 22ª) de 21 de abril de 1997, sobre segundo matrimonio celebrado “*in articulo mortis*” antes de dictarse sentencia de divorcio del primer matrimonio, y fallecimiento posterior antes de la firmeza de la sentencia de divorcio. De forma menos relevante, la Sentencia de A.P. Málaga (Sección 6ª) de 15 de julio de 2009, o el Auto de A.P. Madrid (sección 22ª) de 12 de marzo de 2012 (sobre denegación de legitimación a los herederos como sucesores procesales de uno de los cónyuges fallecido); o las RRDGRN de 31 de marzo de 1987 o 4 de febrero de 2008 (sobre inscripción de defunción de persona en trámite de divorcio, con la condición de casado).

Frente a la misma, cabría cuestionarse si en la actualidad no deberían resolverse estos temas con un criterio diferente, más acorde con el espíritu legal derivado de la vigente regulación del divorcio.

Por lo pronto, como ya se vio, no son en absoluto idénticas las consecuencias derivadas de la disolución por fallecimiento, y la disolución por divorcio. En la primera, simplemente se abre la sucesión hereditaria y no ha lugar a adoptar

ninguna de las medidas previstas en los arts. 90 ss. y 103 ss. del Código Civil; sólo subsistirían y se seguirían aplicando tras la muerte, en su caso, aquellas previamente adoptadas, v.gr. en un proceso previo de separación.

En cambio, en la disolución por divorcio, aparte de la extinción del vínculo, procede la adopción judicial de dichas medidas señaladas en dichos preceptos, algunas de las cuales no se extinguen con el fallecimiento ulterior de uno de los cónyuges, ya que pueden tener relevancia más allá de su muerte:

- Por poner un ejemplo, piénsese en la asignación del uso de la vivienda familiar, que en caso de haberse asignado al cónyuge supérstite, bien podría continuar disfrutándose, a pesar de la apertura de la sucesión hereditaria y de la opinión contraria de los herederos. Sólo por excepción el art. 1406.4º CC ha previsto (en caso de disolución del régimen de gananciales por fallecimiento) atribuir preferentemente la titularidad de la vivienda habitual al cónyuge supérstite (pero eso sólo en el caso del régimen de gananciales, no en los otros, y siempre que esta vivienda sea ganancial, no por tanto si era privativo del fallecido).

- Pero es que, además, nuestra normativa civil, con una cierta incoherencia, dispone en el artículo 101 CC que el derecho de pensión compensatoria no se extingue por el solo hecho de la muerte del deudor, sino que puede continuar como carga hereditaria, salvo la facultad de reducción o supresión allí prevista a solicitud de los herederos, si no pudiera satisfacerse con cargo a los bienes hereditarios o por afectar a su legítima.

Es, pues, evidente conforme a dicho precepto que, en cuanto a determinados efectos, tales como la pensión compensatoria, puede ser conveniente la continuación de la acción de divorcio ya iniciada hasta su conclusión con sentencia, aunque entre medias se haya producido la muerte de uno de ellos. Lo contrario podría afectar al derecho a la tutela judicial efectiva de quien había pedido una pensión compensatoria en un proceso ya iniciado de divorcio, tanto contencioso como consensual, si resulta que con la muerte del hipotético deudor pierde toda posibilidad de continuar el proceso de divorcio y por tanto toda posibilidad de obtener dicha pensión. No se olvide, además, que es muy probable que ese cónyuge, con

anterioridad, ya estuviese separado de hecho del fallecido, por lo que además carecería de todo derecho en la herencia del mismo de acuerdo con los arts. 834 y 945 CC.

Piénsese además que, de este modo, se trataría de permitir la continuación del procedimiento de divorcio, una vez iniciado, hasta su final, incluso aunque una de los cónyuges hubiese fallecido entre medias, en tanto resultase indiscutible la voluntad de disolución, ya sea con la sola presentación de la demanda, en el divorcio unilateral, ya con la ratificación por separado de la demanda conjunta, en el divorcio consensual con hijos menores o con capacidad de obrar modificada judicialmente, de conformidad con el art 777.3 de LEC. Téngase en cuenta lo ilógico que sería, especialmente en este último caso de divorcio consensual con menores o incapaces, y divorcio consensual ante el LAJ o Secretario judicial (aunque sin descartar tampoco el unilateral) el que no se considerase disuelto el matrimonio por divorcio, con los efectos subsiguientes, porque el fallecimiento se hubiese producido antes de la Sentencia o el Decreto del LAJ o Secretario, pero estando todo perfectamente atado en cuanto a la expresa voluntad de ambas partes de divorciarse, ratificada ante el Juez o LAJ, e incluso en cuanto a las medidas.

(No obstante, tratándose de divorcio consensual, en el que se hubiera ya otorgado el Convenio regulador para ser propuesto a la autoridad judicial, su valor como acuerdo al margen de la ratificación judicial, podría quizás llevar a sostener su validez al margen del proceso de divorcio, como ya se vio más arriba, por lo que sus estipulaciones sobre pensión o sobre atribución del uso de la vivienda familiar, serían vinculantes para los herederos del fallecido).

Esta interpretación podría ser la más acorde con el cambio de espíritu de nuestra legislación civil en la materia, al dar especial preponderancia a la voluntad de divorciarse, para decretar el divorcio: no tiene sentido que exista un mandato legal dirigido al Juez o al LAJ (Secretario judicial) de conceder el divorcio de forma obligatoria, una vez solicitado por uno o por ambos cónyuges, y sin embargo, haya que esperar a la Sentencia o Decreto de divorcio para que produzca efectos, no ya frente a terceros (que los producirá sólo a partir de la constancia registral del divorcio en el Registro Civil: art. 89.II CC), sino incluso *inter partes*, es decir, entre los propios cónyuges, así como también respecto de sus familiares o herederos, normalmente conocedores de la situación.

4.1.2.- La reconciliación como causa de extinción de la acción de divorcio, y su problemática a la luz de la reforma de 2005: El valor de la voluntad en la regulación de la reconciliación de los cónyuges (art. 84 y 88 CC):

De nuevo nos referimos exclusivamente a la reconciliación en los divorcios tramitados ante el Juez o ante el Secretario judicial, pero no ante el Notario, en el que la reconciliación se expresará a través de la negativa final a la firma de la escritura notarial de divorcio.

Con anterioridad a la reforma de 2005, la doctrina emanada de los Juzgados y Tribunales ha venido siendo bastante flexible a la hora de considerar la reconciliación, distinguiendo -seguramente con base en la literalidad del derogado art.87 CC- entre reconciliación e *intento* de reconciliación. Ello se hizo para tratar de facilitar el acceso a la separación o al divorcio, de tal modo que no cualquier intento de restaurar la convivencia suponía la interrupción del necesario “cese de la convivencia” exigido para la separación o el divorcio, sino sólo aquél que no resultaba coyuntural ni de escasa duración temporal.

Es manifiesto que esta doctrina, por obedecer a una regulación anterior con un espíritu diferente al actual, no puede ser ya mantenida en su plenitud. Por ello, merece la pena detenerse en las repercusiones que el principio del consentimiento puede haber ocasionado en el ámbito de la regulación de la reconciliación, en el divorcio, aunque con posibilidad de aplicarlo también a la separación judicial (art. 84 CC).

Por lo pronto, en relación a la reconciliación en el divorcio (art.88 CC), la naturaleza bilateral de la reconciliación, defendida por la doctrina con anterioridad a la reforma de 2005, quizás deba ser puesta en tela de juicio, en especial en el divorcio contencioso. En éste último, desde el momento en que el divorcio puede instarse por uno solo de los cónyuges, y sin aducir motivo alguno, cambia radicalmente la idea de reconciliación, pasando a ser concebida también, al igual que la solicitud de divorcio misma, como un acto típicamente unilateral, de contenido diferente al mantenido tradicionalmente por la doctrina. Entendemos que sólo el demandante de divorcio quien parece tener en sus exclusivas manos proceder ahora al restablecimiento de la situación anterior, mediante la expresión de su voluntad de continuar con el matrimonio. Claro que

esa voluntad debería traducirse normalmente en una renuncia o desistimiento de la demanda. Ahora bien, en caso de no hacerse así, por la razón que sea, debería el demandado tener la posibilidad de esgrimir en su contestación a la demanda, acreditándolo convenientemente, que hubo ánimo del actor de reconciliarse, posterior a la demanda, con los consiguientes efectos civiles (restablecimiento de la comunidad de vida) y procesales (pérdida sobrevenida de objeto del proceso).

De todos modos, conviene hacer la matización de que, si a pesar de haber actos patentes de reconciliación por parte del cónyuge, los mismos no se traducen en un desistimiento, y sigue adelante el procedimiento, si con posterioridad el citado cónyuge actor vuelve a actuar, mediante la presentación de los correspondientes escritos judiciales o a través de manifestaciones al Juez, en el sentido de querer continuar con el proceso hasta el dictado de sentencia de divorcio, se debería desestimar la pretensión del otro cónyuge de desestimarse la demanda con base en una presunta reconciliación sobrevenida, al no ser ya la misma inequívoca y estar contradicha por la actuación posterior del cónyuge actor.

En cambio, la paradoja podría ser que, tratándose ahora de una demanda o solicitud de divorcio consensual, la reconciliación probablemente también debería ser consensual, esto es, bilateral, no bastando con que uno de los cónyuges expresara al otro una voluntad de continuar con el vínculo y de querer reconciliarse, en tanto en cuanto no conste la correspondiente voluntad del otro de hacer lo propio. Obviamente, a falta de esta última, debería cerrarse inmediatamente el proceso de divorcio consensual, al existir divergencias sobrevenidas entre los cónyuges, pudiendo a continuación el interesado en el mismo, iniciar un proceso de divorcio contencioso, pero sin que fuese ya eficaz la posible alegación por el otro de una previa reconciliación, al constatarse con esa nueva demanda la voluntad de no reconciliarse y de seguir adelante con la disolución del vínculo.

Junto a lo anterior, se plantea la cuestión de la puesta en comunicación al Juzgado de la reconciliación producida. El artículo 88 CC, al tratar de la reconciliación y exigir que sea “*expresa*”, parece estar redactado en conexión con el artículo 84 CC, en el sentido de exigirse una comunicación formal al Juzgado de la voluntad de reconciliarse, si el proceso estaba en marcha. De entenderse así, la consecuencia jurídica de una hipotética falta de comunicación formal al Juez sería la ineficacia de la reconciliación, no sólo frente a terceros, sino también *inter partes*, de tal modo que podría acabar dictándose

sentencia o decreto de divorcio a pesar de la reconciliación realmente producida, en la medida en que, por ejemplo, ya no tuviesen que intervenir las partes a través de actuaciones procesales pendientes, previas a la sentencia o decreto.

Esta lectura de los citados artículos merecería ser igualmente revisada, para determinar si, tras las reformas de 2005 y 2015, debería sostenerse o no la eficacia de una posible reconciliación, cuando conste la voluntad expresa o tácita del cónyuge que unilateralmente se separó, aun cuando no se hubiera comunicado al Juzgado que conozca del divorcio.

La cuestión es relevante en el ámbito sucesorio, puesto que, producida la reconciliación por la voluntad del cónyuge que instó el divorcio, comunicada esa voluntad a la otra parte, aunque no al Juez o Secretario, se plantearía la cuestión de si, producido después el fallecimiento del cónyuge, sería eficaz la Sentencia o decreto de divorcio que en tal caso se dictara (por no haber ulteriores actuaciones procesales de las partes), a la vista de la reconciliación previamente producida, y si la misma haría perder esos derechos sucesorios al cónyuge supérstite, en caso de fallecimiento del otro. No puede perderse de vista que, extrajudicialmente, el cónyuge demandante había ya cambiado de opinión, y seguramente habrá no sólo expresado su voluntad de reconciliarse, sino que además se habrá producido seguramente el restablecimiento de la convivencia, que es el presupuesto para conservar los derechos hereditarios, si uno de los cónyuges fallece, de acuerdo con los arts. 834 y 945 CC. Frente a ello, el art. 835 CC, en relación a la separación (y no al divorcio) exige de nuevo como presupuesto para la conservación de derechos hereditarios que la reconciliación sea notificada al Juzgado.

Es probable la necesidad de revisar las citadas normas en cuanto a la posibilidad de reconocer, entre los cónyuges ya reconciliados, efectos sucesorios (y de otro tipo) al menos *inter partes*, en tanto pueda acreditarse la voluntad de restablecimiento de la convivencia, cuando todavía no se hubiese comunicado al Juez esa intención de reconciliarse (incluso aunque materialmente la convivencia no se hubiera producido aún, por causas ajenas a los cónyuges mismos). Es más, sobre esta misma base, parecería lógico plantearse la eficacia de esa voluntad de reconciliación, incluso frente a terceros (por ejemplo, otros sujetos interesados en la sucesión hereditaria del cónyuge reconciliado e inmediatamente fallecido), habida cuenta la dificultad de separar unos y otros efectos, y no hacerse depender la eficacia *erga omnes* de la reconciliación, del dato del conocimiento o desconocimiento de la misma por dichos terceros, o de su constancia ante el órgano judicial.

4.2.- El pretendido carácter personalísimo de la acción de divorcio, y la legitimación de terceros distintos de los cónyuges para su ejercicio:

Como cuestión adicional a la de la extinción de la acción de divorcio por muerte de uno de los cónyuges, e indisolublemente unida a ella, se encuentra el de los sujetos legitimados para ejercitar dicha acción. Parece incuestionable que en la medida en que la acción se extingue por fallecimiento, es inevitable concluir que la acción de divorcio es personalísima, de tal modo que sólo corresponde a los propios cónyuges, y sólo a ellos, su ejercicio.

Como es sabido, esta conclusión, firmemente asentada en nuestra doctrina, empezó a resquebrajarse con la **STC de 18 de diciembre del año 2000**, en la que se declaró posible y razonable desde el punto de vista de la tutela judicial efectiva, la legitimación del tutor de uno de los cónyuges (cuando el mismo no era el otro cónyuge) para instar la separación matrimonial. Esta cuestión, aunque controvertida, dado que al tutor siempre le cabe recurrir a otros cauces procedimentales o a otros fundamentos legales distintos de la petición de separación judicial, fue considerada por la generalidad de la doctrina, como razonable y defendible jurídicamente sobre la base de la protección del incapacitado y su derecho a la tutela judicial efectiva. Ello es así en cuanto que algunos de los efectos beneficiosos para el tutelado, perseguidos por sus representantes legales al instar esta acción en nombre del tutelado, no se podían alcanzar por otras vías, sino sólo a través de un proceso que concluyese con sentencia de separación de los cónyuges.

Más recientemente, nuestro TS, en **STS de 21 de septiembre de 2011**, vino a dar un paso más, y reconoció la legitimación del tutor del cónyuge incapacitado judicialmente para ejercitar la acción de divorcio, en nombre de su pupilo y como representante legal del mismo. Con posterioridad a dicha sentencia, ha habido alguna resolución de Tribunales inferiores que han examinado esa legitimación para instar la separación o el divorcio de un sujeto distinto de los cónyuges, como el tutor, a la luz de los argumentos expuestos en las dos sentencias citadas del TC y del TS. Al respecto, es interesante el reciente Auto de la A.P. de Barcelona (Sección 18ª) de 6 de marzo de 2012.

- En todo caso, una cosa es la autorización judicial para accionar de divorcio, y otra el que exista la legitimación activa para hacerlo. En la primera, esto es, a la hora de recabar la autorización previa del Juez, se debe acreditar al mismo por parte del tutor que existen razones para ejercitar esa acción, por ser de interés o beneficio del tutelado, aparte lógicamente de que se trate de una actuación permitida legalmente, y no prohibida al representante.

En esta dirección, se presenta bastante complicada la acreditación de que la demanda de divorcio va a ser más beneficiosa para el cónyuge incapacitado que la sola demanda de separación (si ésta no se hubiese instado con anterioridad), y que resulta imprescindible para la adecuada tutela de sus intereses. La cuestión sería: ¿qué añade una sentencia de divorcio a los efectos derivados de una hipotética sentencia de separación? Esa debería ser seguramente la cuestión que debería dilucidarse en cada caso ante el Juez.

Es patente que lo que diferencia básicamente, en cuanto a sus efectos, a una y otra acción, es que la de divorcio conlleva la extinción de la obligación de alimentos entre cónyuges, lo que no se produce con la separación. Por tanto, desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva del cónyuge incapacitado, la única fundamentación para obtener el tutor autorización judicial (previa) para ejercitar acción de divorcio debería ser el que, por los hechos del caso, el cónyuge capaz esté cubriendo sus necesidades alimenticias exclusivamente (o primordialmente) con cargo al patrimonio del discapacitado, y que ello le suponga a este último un perjuicio o empobrecimiento actual o futuro (en orden, por ejemplo, a la cobertura de sus necesidades asistenciales futuras). Sólo en esas circunstancias estará seguramente justificada la autorización judicial para instar el divorcio.

En cualquier caso, habría que preguntarse si no habría otra alternativa para hacer cesar ese deber de alimentos del cónyuge incapacitado frente al plenamente capaz, hipotéticamente lesivo de los intereses del primero. Seguramente el art. 152 CC puede ofrecer una respuesta adecuada: en concreto, aplicando el número 2º (imposibilidad de atender el alimentante a sus propias necesidades asistenciales o las de sus hijos), el número 3º (posibilidad del alimentista de ejercer oficio, profesión o industria) o incluso el número 5º (remisión a las causas

de desheredación) del citado art. 152 CC. Todo ello sin necesidad de acudir a una demanda de divorcio en nombre del cónyuge tutelado.

Por último, debemos analizar las repercusiones de la Ley 8/2021 sobre discapacidad, recientemente aprobada, sobre esa doctrina del Tribunal Supremo favorable a la legitimación del tutor del cónyuge con discapacidad.

Por lo pronto, ya no será posible el cargo de tutor de un mayor de edad, siendo sólo factible una curatela, con o sin funciones representativas. Pero sobre todo el cambio de mentalidad legal lleva a pensar que el sujeto mayor casado, que tenga alguna discapacidad, debe preservar su voluntad de decidir si quiere seguir o no casado, sin intromisión del prestador de apoyos (curador). Incluso en el supuesto de que el cónyuge casado tenga un curador con funciones representativas, y entre sus funciones pudiera hipotéticamente estar la de decidir sobre ejercitar o no acción de divorcio, lo que parece poco probable en la práctica judicial, no cabe duda de que, además de recabar autorización judicial conforme al art. 287.1º CC (“realizar actos de trascendencia personal o familiar...”), ese curador deberá atender a la “trayectoria vital” del sujeto y deducir de ella la hipotética voluntad que el discapacitado hubiera tenido a la hora de decidir si ejercitaría o no esa acción de divorcio en caso de estar en plenitud de facultades.

4.3.- Los efectos de la acción y la sentencia o decreto de divorcio: su pretendido carácter constitutivo e irretroactivo:

Es sabido que la LEC y la doctrina procesalista tradicional vienen distinguiendo entre acciones (y sentencias) declarativas, constitutivas y de condena. Las acciones constitutivas tienen por objeto una modificación o extinción de una relación jurídica, o un cambio de estado civil, entre otros fines.

No obstante, una cosa es el carácter constitutivo de la acción (o sentencia), y otra son sus efectos. No es posible equiparar entre sí todas las acciones constitutivas, en el sentido de considerar que en todas ellas sus efectos se producen siempre “*ex nunc*”, esto es, desde la firmeza de la resolución judicial, y no “*ex tunc*”, desde la demanda, o incluso desde un momento anterior a la misma (v.gr., cuando se produjo el hecho base o hecho generador de la acción). No obstante, en relación con la acción de divorcio, es opinión común que la sentencia no tenga efectos retroactivos, con base en lo dispuesto en el art. 89 CC, según el cual sus efectos sólo se producen a partir de la firmeza de dicha resolución.

Ahora bien, dicha norma no dice explícitamente que el divorcio declarado no pueda tener efectos retroactivos, o al menos que no los pueda tener, en algunos casos, a partir de la fecha de interposición de la demanda o solicitud de divorcio ante el Juez o el LAJ o Secretario judicial. Lo único que dice con claridad es que el divorcio no tiene el mismo efecto que la sentencia de nulidad matrimonial, donde sí hay efectos claramente retroactivos, al declarar la inexistencia del vínculo desde el momento de su celebración.

En todo caso, lo primero que habría que aclarar es la *ratio* de esa eficacia diferida a partir de la firmeza, lo que nos dará una idea clara del alcance que debe atribuirse a ese mandato legal. Probablemente, la eficacia diferida al momento de la firmeza obedece, por un lado, al motivo antedicho de aclarar que el divorcio no supone la ineficacia del vínculo desde la fecha de la celebración del matrimonio, frente a la eficacia totalmente retroactiva de la nulidad matrimonial (retroactividad en cuanto a la desaparición del vínculo sólo; no en cuanto a los efectos ya producidos: art. 79 CC).

Pero, además, creemos que responde a una razón de seguridad jurídica, consistente en aclarar que, habiendo un posible recurso de apelación frente a la sentencia o decreto de divorcio declarado en la primera instancia, no cabe entender disuelto el matrimonio mientras no se clarifiquen de manera definitiva las dudas suscitadas sobre su procedencia: en suma, que habrá que esperar a que la sentencia sea firme para que se ratifique la (previa) decisión favorable al divorcio, dictada en la primera instancia.

De ser así las cosas, y tras haber intentado exponer más arriba cómo tras la reforma de 2005, la posibilidad de recursos de apelación sobre la cuestión misma de la procedencia o no del divorcio va a ser de hecho nula o casi nula, se podría acaso concluir la necesidad de replantear el alcance del mandato del art. 89 CC, en cuanto a la presunta irretroactividad total de la sentencia o decreto de divorcio.

A este respecto, y frente a la opinión clásica partidaria de los efectos “*ex nunc*” de la sentencia de divorcio, debe recordarse que el cambio de paradigma en materia de divorcio, en el sentido de dar preponderancia total a la voluntad (unilateral o bilateral) de divorciarse, puede haber afectado a esta cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la resolución de divorcio dictada por el Juez o por el Secretario judicial (LAJ).

Así, en la medida en que conste ante la autoridad encargada de decidir la disolución por divorcio, la voluntad de al menos uno de los cónyuges de divorciarse, en tanto la misma sea clara e inequívoca, no debería haber inconveniente en retrotraer la eficacia de la sentencia que ulteriormente se dicte, a la fecha en que se hizo esa manifestación ante dicha autoridad (hoy, tanto la autoridad judicial, a través de la correspondiente demanda unilateral o consensual de divorcio, como el Secretario judicial, una vez se hubiese producido su ratificación por separado ex art 777 LEC). En suma, se trataría de retrotraer los efectos de la sentencia o decreto del divorcio, no ya al momento de celebración, sino al momento que hoy debemos considerar como decisivo en materia de divorcio, es decir, el de la presentación de la demanda o solicitud unilateral o consensual de divorcio ante el Juez o el Secretario judicial.

Hay que tener en cuenta finalmente que ya existen algunos aspectos en donde la doctrina y la jurisprudencia se han cuestionado desde hace tiempo, incluso antes de la reforma legal de 2005, la posible retroactividad de efectos de la sentencia de divorcio (hoy, también el decreto de divorcio), con opiniones variadas según la materia. Veamos con detenimiento cuáles son:

1.- Sobre la posible eficacia retroactiva de la sentencia o decreto de divorcio (o de separación judicial) en cuanto a la disolución de los regímenes económicos matrimoniales, en particular el de gananciales:

La cuestión se ha planteado respecto del régimen de gananciales, aun cuando sus conclusiones podrían valer para otros regímenes matrimoniales. El punto de partida ha sido la redacción del artículo 1394 CC, cuyo texto ha dado lugar a equívocos y por tanto a interpretaciones de uno u otro signo. Dicha norma dispone, de manera general, y sin referirse explícitamente a la disolución de la sociedad de gananciales por sentencia de divorcio o de separación, que “*Los efectos de la disolución prevista en el artículo anterior se producirán desde la fecha en que se acuerde...*”. Sobre ello se vuleve más adelante al tratar de la disolución del régimen de gananciales.

2.- Problemas derivados de la presentación de demanda o solicitud de divorcio, con fallecimiento antes de la sentencia, y sus efectos, o bien cuando se celebra un segundo matrimonio antes de dictarse la sentencia de divorcio (o de la firmeza de la dictada en primera instancia), y luego fallece el solicitante:

La cuestión se ha planteado ya antes nuestros Tribunales, por ejemplo, en la antes citada S.A.P. Madrid de 21 de Abril de 1997, por tanto, antes de la reforma de 2005. En el caso, la Audiencia Provincial de Madrid resuelve en su sentencia recordando la irretroactividad de la sentencia de divorcio acordada por el Juez con posterioridad al fallecimiento del cónyuge, el cual había contraído antes de fallecer, *in articulo mortis*, segundo matrimonio con la persona con la que había estado conviviendo durante bastantes meses antes. Si el asunto se hubiera planteado tras los nuevos planteamientos derivados de las recientes reformas del divorcio de 2005 y 2015, la respuesta quizás hubiera sido otra.

Más recientemente, cabe citar la **STS de 16 de abril de 2015**, que se ha planteado la cuestión fundamental de si se extingue la acción de divorcio por el fallecimiento de uno de los cónyuges antes de la firmeza de la sentencia, pero una vez ya dictada, aunque no firme. Aquí se ha dado una solución más matizada al mandato del art. 89 CC, al disponer la retroacción parcial de efectos de la sentencia de divorcio, a pesar del fallecimiento de uno de los cónyuges, al momento de la sentencia misma, no exigiendo que la misma adquiriese firmeza. Dice al respecto la referida **STS de 16 de abril de 2015**:

“De tales normas (arts. 85, 88 y 89 CC) se desprende que cualquiera de dichas causas extingue el vínculo matrimonial, por lo que habrá de

atenderse a cuál de ellas ha sido la que en el caso ha producido tal extinción, de modo que si el matrimonio se ha extinguido ya por divorcio en el momento en que se produce la muerte de uno de los cónyuges, dicha circunstancia ya no afecta a la ruptura del vínculo aunque sí lógicamente a las consecuencias del mismo.

En consecuencia no se ha extinguido en este caso la acción de divorcio por la muerte del esposo, porque dicha acción ya había producido sus efectos propios al haber recaído sentencia que así lo declaró a petición de ambos cónyuges. En cuanto a que la producción de los efectos propios del divorcio tiene lugar a partir de la firmeza de la sentencia (artículo 89 Código Civil) es preciso tener en cuenta lo dispuesto en el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil del que se desprende que la firmeza sobre el pronunciamiento de divorcio se produce con la sentencia de primera instancia cuando ha sido solicitado por ambos cónyuges y, en consecuencia, no resulta recurrible al responder tal pronunciamiento a lo pedido por ambos litigantes. La sentencia de esta Sala núm. 15/2004, de 30 enero, precisa que «el legislador ha querido desligar la firmeza del pronunciamiento principal en los procesos matrimoniales, de la impugnación de las medias acordadas, ha establecido un precepto claro y preciso en el art. 774.5 de la Ley 1/2000 , de 7 de enero , diciendo que "si la impugnación afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio", prueba de que en el régimen legal precedente la sentencia no adquiría firmeza hasta que no se resolvían los recursos interpuestos o era consentida por las partes, cualquiera que fuera el contenido del recurso interpuesto, es decir que fuesen impugnados todos o sólo algunos de los pronunciamientos de la sentencia y hubiesen quedado firmes los consentidos y no impugnados». El legislador ha pretendido con ello dar seguridad a la situación de ruptura del vínculo matrimonial ya declarada -y necesariamente consentida por ambos cónyuges, que la solicitaron- para que desde la sentencia inicial produzca sus efectos propios, lo que -aplicado al presente caso- supone que la disolución matrimonial tuvo lugar por el divorcio y que tal disolución era efectiva antes del fallecimiento del esposo...”.

La cuestión de fondo es si se puede extender esta doctrina a otras situaciones, como aquellas en que se ha presentado demanda de divorcio unilateral (o bien divorcio consensual, que ha sido ya ratificado por ambos cónyuges ante el Juzgado) y luego se produce la muerte de uno de ellos (o del solicitante de divorcio), antes de dictarse sentencia. Debemos preguntarnos hasta qué punto es razonable mantener la extinción de la acción de divorcio, en casos como éste, aplicando sin más la disolución por fallecimiento ex art. 88 CC, cuando resulta que ya se había interpuesto demanda de divorcio, es decir, se había manifestado la inequívoca voluntad de disolver el vínculo matrimonial.

Así pues, quizás podría defenderse en el futuro el criterio de que la extinción de la acción previsto en el art. 88 CC concierne a una acción aún no entablada ante el Juez o Secretario, pero no a la ya ejercitada, si luego fallece el solicitante antes de dictarse sentencia o decreto, o adquirir los mismos firmeza, acción que podría continuarse hasta su firmeza, y tener entonces efectos retroactivos al momento de presentación de la demanda o solicitud de divorcio ante Juez o Secretario.

5.3.- Efectos derivados de la aplicación de seguros de vida otorgados “a favor del cónyuge”:

A esta cuestión se refiere, por ejemplo, la S.A.P. Barcelona (Sección 11^a) de 15 de diciembre de 2000. En ella se deniega la pretensión de los hijos herederos del asegurado con un seguro de vida de excluir como beneficiario de dicho seguro al cónyuge, cuando resultaba que, antes del fallecimiento, el asegurado había instado ante los Tribunales una demanda de divorcio, cuyo procedimiento no había concluido aún a la fecha del fallecimiento. Las razones son entre otras, que el cónyuge sólo podía perder su condición de beneficiaria de la póliza por acto de voluntad del tomador cambiando el beneficiario de la misma, y que la incoación de los trámites del divorcio no produce la disolución y subsiguiente pérdida de la condición de cónyuge, ya que eso sólo se produce por sentencia o decreto con efectos a partir de su firmeza.

De nuevo se trata de una resolución anterior a las reformas del 2005 y 2015, por lo que sus conclusiones podrían quizás verse alteradas por el nuevo espíritu legal derivado de las citadas reformas.