

## **MATRIMONIO Y DIVORCIO: SISTEMAS LEGALES DE DIVORCIO. LA ACCION DE DIVORCIO. LOS PACTOS MATRIMONIALES.**

JOSE MANUEL RUIZ-RICO RUIZ  
Catedrático de Derecho Civil UMA. Abogado

PAULA CASTAÑOS CASTRO  
Profesora de Derecho Civil UMA.

**SUMARIO:** 1.- Introducción. El matrimonio y el divorcio en el Derecho español vigente: principios reguladores y consecuencias prácticas derivadas de la regulación actual. 2.- El modelo de matrimonio y divorcio basado en el consentimiento/voluntad de los cónyuges. Consecuencias prácticas derivadas de dicho modelo. 3.- El principio del consentimiento y la separación de hecho. 3.- El valor del consentimiento en el divorcio y en la ruptura en general del vínculo matrimonial y de la convivencia. 4.- Naturaleza de la acción de divorcio y sus efectos: su pretendido carácter personalísimo. 4.1.- Sobre el carácter vitalicio de la acción de divorcio, y su extinción con la muerte de uno de los cónyuges. 4.2.- El pretendido carácter personalísimo de la acción de divorcio, y la legitimación de terceros distintos de los cónyuges para su ejercicio. 4.3.- Los efectos de la acción y la sentencia de divorcio: su pretendido carácter constitutivo e irretroactivo. 5.- Los pactos prematrimoniales y matrimoniales. **LECTURAS COMPLEMENTARIAS. BIBLIOGRAFÍA.**

### **OBJETIVOS:**

- Examinar los distintos sistemas legales de matrimonio y divorcio, para conocer sus consecuencias, así como las posibles deficiencias actuales de cada sistema, y las reformas legales necesarias en el futuro.

- A falta de reformas legales inminentes, se trata de sugerir posibles vías interpretativas a las diversas cuestiones suscitadas en materia de matrimonio y divorcio, tomando por base el Derecho español y peruano vigente.

## MATRIMONIO Y DIVORCIO: SISTEMAS LEGALES DE DIVORCIO. LA ACCION DE DIVORCIO. LOS PACTOS MATRIMONIALES.

### 1.- Introducción. Matrimonio y divorcio. Sistemas legales de divorcio.

#### 1.1.- Los distintos sistemas legales de divorcio:

Los sistemas legales de divorcio en los distintos países europeos vienen oscilando entre aquellos en los que el divorcio es consecuencia de la concurrencia de alguna causa justificativa de la ruptura del vínculo, y aquellos otros, que podríamos denominar más liberales, conforme a los cuales el divorcio se concede por el órgano estatal correspondiente sin concurrencia de causa, bien por solicitud conjunta de ambos cónyuges, bien incluso a petición de uno solo de ellos.

Dentro de los primeros, a su vez, se hallan -hoy, son los menos- los que sólo conceden el divorcio como sanción al cónyuge incumplidor, y aquellos otros -la mayor parte- que se fundan en la ruptura definitiva de la convivencia para decretar la disolución del vínculo. Hay que tener en cuenta que, en su aplicación práctica, estos últimos tienden a asimilarse a los sistemas de libre elección unilateral o bilateral, al constatar la dificultad práctica de conocer la causa u origen de la pérdida de afecto entre los cónyuges.

El sistema español entre 1981 y la actualidad ha pasado de un sistema en buena medida -aunque no totalmente- de divorcio-remedio (conservando algunos aspectos de la concepción del divorcio-sanción), a un sistema de libre decisión unilateral o bilateral sin alegación de causa, que es el que rige actualmente tras la Ley 8/2005, de 8 de julio.

Respecto del vigente sistema español, se ha llegado a señalar como principal crítica, desde determinada perspectiva ideológica, que se ha acabado equiparando el divorcio al sistema de repudio de los países musulmanes. Es evidente, sin embargo, que las diferencias con estos países resultan sustanciales tanto desde la perspectiva de los principios que las rigen como desde las consecuencias que producen.

#### 1.2.- El sistema español de divorcio con anterioridad a la Ley de 8 de julio de 2005: su problemática y la justificación de su reforma.

El sistema de divorcio español con anterioridad a la reforma de 2005 era un sistema causalista que se basaba sobre todo en la idea de procedencia del divorcio con base en un cese efectivo de la convivencia conyugal seguido de un cierto tiempo de espera. En realidad, era un sistema mixto, basado en parte en la idea de divorcio-sanción, pero primordialmente regida por la de divorcio-remedio.

En su aplicación práctica, se producían las siguientes consecuencias:

a) La ley no preveía sanciones anejas a la decisión unilateral de ruptura de la convivencia, aparte de la ruptura legal del vínculo.

b) Los Tribunales consideraron que no se podía forzar la continuación en una convivencia no deseada, dado que ello podía ser, a la postre, perjudicial para ambos cónyuges y para los mismos hijos.

c) La dificultad de deslindar posibles incumplimientos de deberes conyugales, y las causas u origen de los mismos, llevó a la idea de “crisis matrimonial objetiva”, que daba pie a la separación y con posterioridad al divorcio. En suma, se produjo con muchísima frecuencia una remisión a la situación de pérdida de la  *affectio maritalis* para decidir sobre la ruptura del vínculo.

d) A esos efectos, resultaba frecuentemente irrelevante la prueba practicada para la demostración de la causa de divorcio: si los dos cónyuges demostraban su situación conflictiva (por haberse demandado ambos, o por no oponerse a la demanda del otro, etc...), se acababa decretando el divorcio, a pesar de no ser efectiva la prueba practicada. Incluso se acordaba judicialmente el divorcio con base en causa que ni siquiera había sido alegada como causa específica en la demanda, sobre la base de considerar el juzgador suficientemente probada la falta de  *affectio*.

e) Incluso a veces se ha acabado estimando el divorcio en procesos en los que aún no había transcurrido el plazo de tiempo preciso para solicitarlo, si resultaba que dicho plazo se cumplía antes de dictarse la sentencia, por razones de economía procesal.

En definitiva, muchos tribunales acababan contradiciendo tanto la letra como el espíritu de la ley vigente hasta 2005, de modo que decidían acordar la separación o el divorcio actuando  *contra legem*. Ello suponía una distorsión del sistema jurídico, por cuanto además unos Tribunales o Audiencias eran más estrictos, y otras mucho más flexibles, con lo que se generaba una grave discriminación entre los sujetos, en función del Tribunal que resolviese sus pretensiones de disolución/separación. (Aunque normalmente eran todos muy flexibles con la separación, no tanto con el divorcio).

### 1.3.- El sistema divorcista español vigente desde 2005: aspectos generales. Fundamento del sistema.

Las razones que llevaron al legislador español a modificar el sistema previgente son las siguientes, aparte de las antes señaladas:

- No existe, según estudios, una relación directa entre el derecho a la libre separación/disolución y el número de divorcios. No es cierta ni está demostrada la idea de que una legislación liberal sobre el divorcio debilita la institución matrimonial y la estabilidad de la unión.

- Una concepción amplia y liberal acaba a la postre reforzando la institución matrimonial.

- Sobre la base de la nueva concepción, late la idea del matrimonio y la familia, no desde una perspectiva autoritaria y patriarcal, sino desde una perspectiva contractual, individualista y de búsqueda de la felicidad y la realización personal.

- De hecho, esta fórmula viene a acercar el matrimonio a las uniones libres, lo cual significa que estas últimas, en buena medida, acaban perdiendo su razón de ser, y los sujetos acaban orientándose hacia la institución matrimonial, que termina siendo un paraguas general de las relaciones afectivas de pareja. Esto es seguramente lo que ha provocado que el legislador español no haya todavía regulado la figura de las uniones no matrimoniales (aunque sí lo hayan hecho las Comunidades Autónomas españolas), a pesar de que desde hace tiempo se viene reclamando una regulación específica. (No obstante, parece que sí resulta necesaria esa regulación, aunque sobre todo respecto de las consecuencias derivadas de la ruptura de la unión, donde la equiparación al matrimonio suele ser importante).

Así pues, de ese modo, el matrimonio se refuerza, al ampliar su campo de actuación, ya que el interés que se tiene (sobre todo por los más jóvenes) por la unión libre, cual es la libertad de ruptura, ya lo pasa a tenerlo el matrimonio mismo.

Tan sólo queda por establecer la fórmula para que la ruptura matrimonial no resulte excesivamente costosa, no sólo en cuanto tal (coste económico del divorcio judicial o a través de funcionario, en comparación con el nulo o casi nulo coste de la unión libre), sino en cuanto a sus repercusiones: en la medida en que la unión de hecho se regule, a la hora de la ruptura, de la misma o similar forma a como sucede en la ruptura matrimonial, de nuevo caerán por su base en lo fundamental los argumentos que justifican la opción por la pareja no matrimonial.

Ello no necesariamente supondrá una vulneración del derecho constitucional a no casarse, ya que éste tiene un alcance mucho más amplio, no limitado a la opción matrimonio-unión de hecho.

- Otros motivos más específicos para el cambio de paradigma han sido:

- La necesidad de evitar las situaciones graves derivadas de la judicialización de los conflictos matrimoniales, evitando el dolor y sufrimiento de las parejas y de los hijos de éstas.

- La preservación de la intimidad de las parejas: el Estado no debe inmiscuirse en ella para resolver y decidir sobre las concretas causas que habían llevado a la crisis de la pareja y la ruptura de la convivencia y la *affectio* (salvo situaciones radicales, por supuesto)

- A todo lo anterior se une la grave complejidad de la regulación de las causas de divorcio (que fue fruto de un consenso parlamentario muy difícil en el año 1981, y cuyo resultado fue la aprobación de unas causas que deben calificarse de complejas en su interpretación y aplicación).

- Además, la ley establecía una dualidad separación/divorcio, que obligaba a recurrir casi siempre a la primera como paso previo al segundo: eso suponía un aumento de costes intolerable, al tener que invertir sumas para pagar a abogado y procurador en ambos procesos. Además, se sometía a la familia (cónyuges e hijos) a un doble sufrimiento con cada proceso, lo cual no resultaba conveniente. Además, se provocaba

con ello una enorme inseguridad jurídica, que se prolongaba en el tiempo excesivamente.

- No se facilitaba la posibilidad de reiniciar los vínculos afectivos y restaurar la convivencia con una nueva pareja, al obligar al sujeto a esperar mucho tiempo, y aguantar muchos malos ratos.

- Se comprobó que la necesidad de espera de algún tiempo para conseguir el divorcio, así como la necesidad casi obligatoria de una separación judicial previa, terminaba prolongando demasiado los plazos para conseguir la disolución del vínculo. Téngase en cuenta la posible necesidad de disolución legal para un nuevo matrimonio, en particular en situaciones de necesidad (enfermedad grave, etc.).

- La reforma vino a servir de medio para cumplir el principio del libre desarrollo de la personalidad de los ciudadanos: una espera muy larga llegaba a afectar a dicho derecho o principio constitucional esencial. Aunque ello no suponía la inconstitucionalidad de la normativa vigente anterior a la reforma de 2005, el legislador ordinario consideró que era preferible, en aras de dicho principio, un sistema más ágil y rápido, que satisficiera las aspiraciones individuales de muchos ciudadanos.

- Junto a ello, la práctica judicial demostró, sobre todo cuando lo que se alegaba era el incumplimiento de deberes conyugales, o la necesidad de probar la conducta reprochable o la culpabilidad de uno de los cónyuges (limitando la legitimación al presunto cónyuge “inocente”), la gran dificultad de establecer la culpabilidad de uno o de otro: casi siempre la tendencia era la de considerar que ambos tenían su parte de culpabilidad o responsabilidad en la ruptura.

- La gran dificultad era, en suma, el que se obligaba al juzgador a entrar en el ámbito de la más estricta intimidad de los sujetos, y la enorme complicación de la prueba de la “culpa” o del “incumplimiento”: los jueces –en un sistema democrático- se han sentido muy incómodos ante la exigencia del legislador de probar la causa del divorcio. Por eso, a la postre, resolvían decidiendo que faltaba la “*affectio maritalis*” y así despachaba el asunto resolviendo el divorcio, cuando esa falta de *affectio* se acreditaba con más o menos relevancia.

De hecho, algunas sentencias de nuestro Tribunal Supremo insisten *obiter dictum* en esa idea de tutela de la intimidad de los cónyuges, en el sentido de que la reforma de 2005 se basa en que el juez no debe entrar en su ámbito íntimo, y por eso debe quedar fuera, y resolver la disolución con otros fundamentos. Entendemos por el contrario que el fundamento real del divorcio actualmente en España reside en la voluntad de uno o los dos cónyuges de querer romper el vínculo, en ejercicio de su libertad personal, más que en la idea de intimidad.

Finalmente, se ha dicho por algunos (CERDEIRA), que la reforma del 2005 no ha suprimido realmente el causalismo en el divorcio, sino que ahora lo que se hace es conceder el divorcio por falta de *affectio* (y la misma iría ínsita en la petición bilateral o unilateral de divorcio). Sin embargo, se trata a nuestro juicio de un planteamiento incorrecto: de ser cierto, podría desestimarse el divorcio si se acreditara que no se había perdido esa *affectio* (por ej., si un cónyuge demostrase que, a pesar de todo, siguen existiendo relaciones afectivas y/o sexuales entre ambos), pero es obvio que ello será

irrelevante para los jueces españoles. Primero, porque procesalmente no habrá un trámite específico de prueba a tal fin; y segundo, porque en la medida en que el otro niegue ese hecho, y manifieste su intención de seguir adelante con el proceso, el juez deberá decretar la disolución inexorablemente. Sólo en caso de acreditarse una reconciliación, y que ésta fuese bilateral y manifestada por ambos al juez, cabría dar por concluido el procedimiento.

## **2.- El modelo de matrimonio y divorcio basado en el consentimiento/voluntad de los cónyuges. Consecuencias prácticas derivadas de dicho modelo.**

El Derecho español sobre matrimonio y divorcio, vigente tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, ha modificado sustancialmente el modelo seguido hasta entonces, basado en la estabilidad del vínculo y la necesidad de alegar y probar una justa causa para obtener la disolución, para pasar a uno -seguramente influido por algunos modelos anglosajones- en el que el contenido de la relación y sobre todo la continuidad del vínculo matrimonial va a girar alrededor de la voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges de dar continuidad o no al mismo. Este cambio se manifiesta de manera patente en la regulación de las causas de divorcio, en cuanto, frente a una normativa anterior basada en el incumplimiento grave/reiterado de los deberes conyugales y la separación física durante un período de tiempo más o menos amplio, en la actualidad el divorcio se puede obtener en España en cualquier momento cuando así lo solicite uno de los cónyuges, sin necesidad de alegar motivo alguno (siempre que el matrimonio tuviera una vigencia mínima de tres meses).

Como ya se ha señalado, esta tendencia se ha venido de alguna manera fraguando ante los Tribunales de justicia, los cuales, en la tesitura de tener que entrar en cuestiones muy íntimas y de difícil valoración jurídica, como son la vulneración de deberes de respeto, convivencia o socorro mutuo, han venido optando en los últimos años, antes de la reforma de 2005, por recurrir al concepto de la “*falta de affectio maritalis*” como justificación de la ruptura definitiva de la convivencia y paso previo a la separación judicial y al divorcio, con independencia de la prueba del incumplimiento de alguno de los referidos deberes conyugales.

Junto a ello, es indudable que ha pesado en el legislador el hecho de que, en aquellos supuestos, relativamente frecuentes, en los que uno de los cónyuges hubiese encontrado una nueva pareja con la que construir un nuevo vínculo, el hecho de hacer esperar al primero un período de tiempo que podía oscilar entre uno y cinco años para obtener sentencia de divorcio, como sucede con aquellos ordenamientos que como el español hasta entonces exigen un tiempo de reflexión o espera, resultaba contrario a principios tales como el de libertad, dignidad o libre desarrollo de la personalidad, garantizados por la Constitución española.

A este respecto, la reforma legal española del año 2005 antes citada, ha venido a establecer y subrayar de forma contundente la preponderancia del consentimiento de los cónyuges en la regulación del matrimonio, al afirmar en la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio, lo siguiente:

*“...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 principio general relevante en estos sistemas jurídicos, como el español, que han decidido basar la regulación del matrimonio y sus incidencias en el principio de libertad y libre desarrollo de la personalidad.

Esa preponderancia del consentimiento se manifiesta de forma explícita en la regulación del divorcio, en cuanto que el Código Civil español ha dispuesto la posibilidad del divorcio por petición unilateral de cualquiera de los cónyuges, sin necesidad de alegación de causa o motivo alguno, de modo que el Juzgador, al resolver sobre la procedencia o no del divorcio solicitado, carece de margen de ninguna clase para desestimar esa pretensión. , salvo que no se cumpla el período mínimo de 3 meses de vigencia del matrimonio.

Sin embargo, junto a ello, dicho principio del consentimiento ha acabado influyendo en otros aspectos de la regulación del matrimonio y sus efectos, que desgraciadamente no han sido objeto de tratamiento legal, y que seguramente deberán ser objeto de una futura reforma legislativa. Por ejemplo, en los siguientes:

- En cuanto a los deberes conyugales y su posible incumplimiento:

En primer lugar, la influencia de la voluntad de los cónyuges o de uno de ellos puede tener relevancia a la hora de determinar la existencia o no de un incumplimiento

de deberes conyugales, ya sea por que los cónyuges de mutuo acuerdo hayan decidido alterar o matizar los deberes conyugales, ya incluso la decisión unilateral de uno de ellos, fruto normalmente de una crisis matrimonial. A este respecto, cabe tener en cuenta que, si ya no cabe la sanción de la separación o el divorcio por el incumplimiento o vulneración de tales deberes conyugales, al no servir ya como causa para su estimación, entonces ese incumplimiento de deberes conyugales acaba sufriendo un cambio considerable, hasta el punto de hacer irrelevantes jurídicamente los mismos, y su infracción (fuera quizás del caso del incumplimiento del deber de alimentos, que podría ser constitutivo de sanción penal).

La duda que se ha planteado en los últimos años es, vista esa casi nula relevancia de los deberes conyugales, si no debería, a pesar de ello, ser viable algún tipo de acción de resarcimiento de daños y perjuicios (en dinero) por la referida vulneración de los citados deberes, y si en el futuro no debería incluirse en el propio Código Civil una previsión específica sobre ese efecto sancionador.

Hasta la fecha, en España, no existe aún una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo favorable a esa posibilidad de obtener indemnización por incumplir deberes conyugales (por ej., el deber de fidelidad), quien de momento se ha mostrado contrario a esa vía en SSTS de 22 y 30 de julio de 1999 (y en parte, en STS de 14 de julio de 2010), seguramente ante las graves consecuencias sociales que conllevaría su admisión generalizada. Sin embargo, existe doctrina de algunas Audiencias Provinciales que se ha mostrado favorable a esa pretensión.

- En cuanto a su influencia en la nulidad matrimonial:

Algún sector doctrinal ha expresado también que un divorcio como el analizado, 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 debería, de hecho, propiciar una reconsideración en bloque de las distintas causas de nulidad matrimonial, de cara a una futura regulación del matrimonio, precisamente porque el divorcio 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 hubo algún vicio. En todo caso, al margen de posibles consideraciones *de lege ferenda*, entendemos que, *de lege lata*, los Tribunales pueden hacer una interpretación de las normas sobre nulidad matrimonial más acorde con ese 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, 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.

- En cuanto a la fijación de condiciones o modos en el matrimonio y en general la admisibilidad de pactos prematrimoniales:

También la nueva consideración legal de la libertad de los cónyuges y la voluntad de los mismos, a la hora tanto de contraer como de disolver el matrimonio, puede haber incidido en la admisibilidad y subsiguiente eficacia de posibles pactos entre los cónyuges.

Esos pactos pueden afectar, por ejemplo, a la posible fijación de condiciones o modos en el matrimonio. Sabemos que es habitual establecer legalmente que cualquier alteración del régimen jurídico del matrimonio a través de este tipo de estipulaciones se tendrá por no puesta. Sin embargo, como algún sector doctrinal ha señalado, no parece tan sencillo negar toda eficacia a dichas estipulaciones, sobre todo en aquellos sistemas en que se impone el citado principio de libertad y prevalencia del consentimiento. En ellos, se ha podido ver afectada la tradicional consideración de orden público de los deberes conyugales, precisamente a la vista de la casi nula relevancia jurídica que hemos visto se deriva de su posible incumplimiento, como se acaba de señalar. Por tanto, quizás ya no se deba considerar como de orden público cualquier modificación convencional de las reglas matrimoniales, en tanto queden protegidos los posibles terceros de buena fe.

En cuanto al resto de posibles pactos prematrimoniales, nos remitimos a lo que más abajo se expondrá de forma más detenida, no sin antes señalar que un sistema jurídico basado en el principio del consentimiento conduce inevitablemente a una ampliación de los límites a la autonomía de la voluntad entre los cónyuges, en especial en materia patrimonial y en la regulación convencional de posibles consecuencias derivadas de una ruptura futura de la convivencia o del vínculo matrimonial.

- En cuanto a los aspectos procesales relativos a los procesos de divorcio:

Junto a lo anterior, también en el ámbito procesal, el principio de relevancia del consentimiento debe tener también influencia decisiva en la regulación de los procesos de divorcio. En particular, y al margen de otras cuestiones, en lo concerniente a los medios de oposición con que podría contar el cónyuge demandado de divorcio, ante una demanda interpuesta por el otro, para impedir una resolución judicial favorable al mismo. En este sentido, por ejemplo, no tendrá razón de ser que se permita dilatar un pronunciamiento sobre divorcio mediante la concesión al otro cónyuge de una facultad de reconvenir, planteando la separación o incluso la nulidad matrimonial.

Por otro lado, en cuanto a los medios de oposición a una demanda de divorcio, la ley procesal debe ser muy estricta, restringiendo al máximo cualquier instrumento o cauce para debilitar u obstaculizar la debida aplicación de la voluntad del que insta la disolución del vínculo, como puede ser la posible impugnación de las medidas anejas al divorcio, o la apelación de las mismas ante instancia superior, como medio fraudulento de dilatar el proceso e impedir el pronunciamiento sobre el divorcio mismo.

En este sentido, la ley procesal debe preocuparse de discernir, por un lado, lo que es la disolución del vínculo, y por otro, las medidas anejas al divorcio (en cuanto a hijos, asignación de vivienda familiar, pensión compensatoria, etc.).

En conclusión, la actuación del Juez, en los sistemas basados en el consentimiento, a la hora de decretar el divorcio unilateral a instancia de uno de los cónyuges, no es en modo alguno jurisdiccional, sino que se limita a la comprobación de la exigencia legal de que había matrimonio entre las partes, así como a la supervisión de las exigencias formales, exigencias éstas que, en caso de faltar, serán casi siempre subsanables. No existe tampoco interés por su intervención como modo de tutela del derecho de defensa del otro cónyuge, ya que no existe fundamento o riesgo de posible indefensión del mismo, habida cuenta la preponderancia absoluta de la voluntad unilateral del otro de divorciarse, que viene a impregnar absolutamente el procedimiento.

Una situación como la descrita obliga a preguntarse finalmente si, en estos sistemas jurídicos matrimoniales, no debería extraerse de la competencia de los Juzgados y Tribunales para decretar el divorcio, habida cuenta la casi nula posibilidad de los mismos de desestimar la pretensión de disolución una vez comprobada la inequívoca voluntad de uno de los cónyuges o de ambos de acabar con el vínculo. De hecho, al margen del sistema jurídico vigente, en diversos países está planteada ya la discusión acerca de si el divorcio mismo -no ya las medidas por adoptar, en especial si afectan a los hijos de la pareja- no debería dejarse en manos de funcionarios públicos no judiciales, o de fedatarios públicos que simplemente se ocupasen de constatar la voluntad sería, firme e inequívoca del o de los cónyuges de romper el vínculo matrimonial, dando fe de la misma como paso previo a su constancia en el correspondiente Registro civil personal.

- En cuanto a la separación de hecho:

Del mismo modo, un sistema matrimonial basado en la voluntad unilateral de cada cónyuge trae como consecuencia un aumento de la importancia de la separación de hecho, de modo que girarán alrededor de ella muchas de las consecuencias jurídicas de las crisis matrimoniales.

Así sucederá, por ejemplo, en la regulación de las normas sucesorias (sucesión intestada o sucesión legitimaria), de manera que la exclusión de derechos sucesorios del cónyuge se producirá a partir de la separación de hecho de los cónyuges, sea cual sea el motivo, en cuanto que la voluntad constatada de uno de ellos de romper la convivencia debe conllevar automáticamente la desaparición de los derechos sucesorios recíprocos entre ellos.

Al respecto, habrá que cuestionarse si, en estos sistemas, 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, en tanto se traduzca en una declaración o manifestación externa de la voluntad (unilateral o bilateral) de separarse. Ello con independencia del momento en que se produjo la separación física o material de los mismos, si es finalmente llegó a

producirse. Téngase en cuenta que, en sectores sociales más modestos, o en momentos de crisis económica general del país, existen muchas parejas que, aun estando resueltas a separarse, por falta de la necesaria “*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, por lo que han de conformarse con seguir habitando bajo el mismo techo.

También la separación de hecho, aun la unilateralmente decidida, puede influir decisivamente en la regulación de la presunción de paternidad matrimonial. Debemos plantearnos al respecto la influencia que la voluntad unilateral o bilateral de los cónyuges a la hora de decidir la separación conyugal puede ejercer también en materia de presunción de paternidad matrimonial. En este sentido, siendo habitual señalar que el momento a partir del cual debe computarse el plazo (normalmente de 300 días) para dejar de aplicar la presunción de paternidad es el de la separación judicial o de hecho (sobre todo esta última), creemos que debe ponderarse adecuadamente a tales efectos el momento en que se produjo la voluntad inequívoca de separarse, manifestada por uno de los cónyuges, o por ambos cónyuges simultáneamente. Por tanto, en la medida en que pueda acreditarse que hubo tal voluntad de separación o de “*desaffectio*”, podría ser ése el momento de inicio del plazo legal referido para aplicar o no la presunción de paternidad matrimonial, con independencia de que pudiera haber aún convivencia bajo el mismo techo sin separación física.

Incluso podría plantearse también, en los casos de separación de hecho, si la concreta voluntad de separarse no debería conllevar un replanteamiento de aquellos supuestos en los que un cónyuge hubiese dispuesto testamentariamente el llamamiento a favor del otro cónyuge como heredero o legatario, y con posterioridad se produjese la separación de hecho de ambos, sin una subsiguiente modificación del texto del testamento: se plantea habitualmente la cuestión de si debería seguir siendo o no heredero o legatario ese cónyuge tras la separación fáctica, tras el fallecimiento del testador habiendo permanecido inalterado el testamento en el que se nombrase como tal al superviviente. A este respecto, se podría entender que un llamamiento testamentario a favor del cónyuge perdería su causa, de forma automática, sin necesidad de un nuevo testamento revocatorio, a partir justamente de la referida expresión o exteriorización de la voluntad inequívoca de separarse, por uno o por el otro cónyuge. En todo caso, una reforma legal sería conveniente para explicitar ese concreto efecto jurídico.

### **3.- El valor del consentimiento en el divorcio y en la ruptura en general del vínculo matrimonial y de la convivencia:**

Como ya se ha señalado, si hay algún campo en el que es inequívoca esa relevancia del consentimiento (de uno o de los dos cónyuges), por haberlo dispuesto así la nueva normativa nacida de las reformas de 2005, ése es el de la disolución del matrimonio por divorcio. La consagración legal del libre desistimiento unilateral del matrimonio, mediante la acción de divorcio ejercitada por uno solo de los cónyuges, en cualquier momento, y sin necesidad de alegación de causa alguna, es seguramente la medida más drástica de las adoptadas en esa reforma.

Sin embargo, el legislador ha dejado sin resolver muchas cuestiones de orden práctico, como consecuencia de la premura con que se redactó la reforma. Vamos a

exponer las principales, para intentar, por un lado, encauzarlas en la medida de lo posible, *de lege lata*, y por otro, orientar la necesaria reforma legal para adaptar el conjunto de nuestro sistema jurídico a los nuevos principios.

### 3.1.- El principio del consentimiento y la acción de separación:

Aunque hasta ahora hemos tratado del divorcio, es indudable que la nueva regulación de la separación judicial se encuentra igualmente presidida por el principio del consentimiento, en cuanto que la ruptura formal de la convivencia, sin disolución del matrimonio, se puede también instar judicialmente en cualquier momento, una vez cumplidos tres meses de matrimonio, a voluntad de cualquiera de los cónyuges, incluso unilateral, y sin alegación de causa, debiendo el Juez acordarla de forma obligatoria, sin más exigencias.

Aquí la cuestión del valor jurídico del consentimiento expresado por uno de los cónyuges en su demanda de querer separarse del otro resulta menos relevante que en los procesos de divorcio, sobre todo si pensamos en la naturaleza tradicionalmente constitutiva y de eficacia no retroactiva de la sentencia, en relación a los actos o hechos jurídicos acontecidos en la fase anterior al momento de adquirir firmeza la sentencia de divorcio que se hubiera dictado. A estos efectos, la general existencia de separación de hecho previa a la demanda de separación judicial, o al menos la separación decretada *ex lege* por el simple hecho de la interposición de la demanda (art. 102 CC español, que la presume con la presentación de la demanda misma de separación), evita buena parte de los problemas jurídicos que pudieran plantearse, y para cuyo desarrollo remitimos a lo dicho anteriormente sobre la separación de hecho.

Indudablemente, el nuevo planteamiento de la separación judicial (y del divorcio), basado en la preponderancia de la voluntad de cada cónyuge de querer o no seguir conviviendo, creemos que ha afectado a la naturaleza de estos dos procesos. Así, la actual regulación de la separación judicial y del divorcio llevan a pensar que la intervención judicial obedece no a una finalidad de resolver controversias entre particulares, propia de la función jurisdiccional, sino a una atribución deliberada -y quizás no bien meditada- del legislador de otorgar simplemente al Juez la facultad de modificar el estado civil de las personas casadas, llevado de la inercia de la situación legal anterior de la separación y el divorcio. El hecho de que el Juez de hecho no pueda denegar la petición en ambos casos (separación y divorcio), como ahora se verá, aun la presentada unilateralmente por uno de los cónyuges (salvo cuando no se hayan cumplido los tres meses de matrimonio o haya habido una reconciliación, lo que supone no apreciar una voluntad seria e inequívoca de ruptura -falta de *affectio*-), lleva a la conclusión de que la concreta decisión sobre la ruptura formal de la convivencia o del vínculo mismo, constituye un acto más de orden administrativo que jurisdiccional.

### 3.2.- El principio del consentimiento y 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.

La normativa civil y procesal española 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 Ley de Enjuiciamiento Civil española), 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. 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, los cuales permiten 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); 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 española, 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 en él no es objeto de discusión la ruptura misma del vínculo, sino sólo las medidas concretas derivadas de dicha ruptura, entonces la sentencia de divorcio devendrá firme, y así será declarado 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 de primera instancia.

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 más abajo.

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 español podría rechazar una demanda de divorcio unilateralmente presentada por uno de los cónyuges, en un sistema divorcista de libre decisión unilateral como el estudiado. 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 exigido por el art. 86 CC español como condición previa para instar el divorcio: Sería la hipótesis más viable de desestimación por el juez 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 quedase constancia -que es lo verdaderamente relevante- de la inequívoca 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 transcurso del plazo de tres meses, además de por razones de economía procesal. 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 que resuelva el recurso podrán sustraerse a ese hecho incontestable, pudiendo optar por razones prácticas por estimar el citado recurso.

b) Defectos de orden procesal: Por ejemplo, se podría alegar que no se ha acompañado a la demanda de divorcio los documentos exigidos legalmente (art.770.1ª LEC española). 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 a la demanda. Sin embargo, el hecho mismo de manifestarse procesalmente, por parte del 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, en un sistema divorcista como el español, una resolución judicial que desestime la pretensión de divorcio, en tanto el mismo hubiese sido solicitado por uno de los cónyuges de forma inequívoca, siendo 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 la regulación española 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 (por ejemplo, el fallecimiento del propio actor antes de dictarse sentencia, o la celebración de un segundo matrimonio).

Parece que el legislador del 2005 no tuvo en cuenta las consecuencias del cambio del espíritu legal en materia de divorcio, y debió dar respuesta adecuada a estas situaciones desde el punto de vista procesal. Ello plantea la necesidad de una ulterior 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.

Es más, vistos los anteriores datos, habría que cuestionarse también *de lege ferenda* si no debería ser atribuida la potestad de decidir la disolución del vínculo, antes que al Juez, a un funcionario público distinto, siguiendo al efecto un procedimiento típicamente administrativo, tal como se está debatiendo ya a nivel político.

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.

Mientras llega esa reforma legal futura que segregue del ámbito jurisdiccional lo referente a la disolución misma del vínculo matrimonial, dejando sólo a su criterio la adopción de las medidas concretas derivadas de la misma, debemos plantearnos también la relevancia jurídica que debe asignarse *de lege lata* al hecho mismo de presentar demanda de divorcio (unilateral o bilateral), en cuanto en ella va ínsita la voluntad inequívoca del demandante (salvo reconciliación) de resolver el vínculo matrimonial, sin que el Juzgador, como hemos señalado, pueda rechazar esa pretensión.

Indudablemente, esta cuestión exige con carácter previo determinar la naturaleza de la acción y el proceso de divorcio, por cuanto puede influir decisivamente en los efectos legales atribuidos a los mismos.

#### 4.- Naturaleza de la acción de divorcio y sus efectos: su pretendido carácter personalísimo:

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

El carácter vitalicio de la acción de divorcio es la nota característica de la acción de divorcio más claramente recogida en el C.Civil español: seguramente de ahí viene la postura doctrinal tradicional acerca del carácter personalísimo de la acción de divorcio. El artículo 88 CC español 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 citado 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 o representante legal de uno de ellos.

Sin embargo, este carácter vitalicio de la acción de divorcio debería ser revisado, por cuanto, como 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.

##### 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 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.

Sobre este problema, cabe citar alguna Jurisprudencia española 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, con carácter previo a la reforma legal de 2005, la Sentencia de Audiencia Provincial de 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 Resoluciones de la Dirección General de Registros y del Notariado 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 nuevo espíritu legal de la regulación española del divorcio.

Por lo pronto, 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 legalmente para los supuestos de ruptura del vínculo (asignación de guarda de los hijos, atribución de vivienda familiar, disolución y liquidación del régimen económico, atribución de pensión compensatoria, etc.); sólo subsistirían y se seguirían aplicando tras la muerte, en su caso, aquellas previamente adoptadas, v.gr. en un proceso previo de separación, o en un pacto matrimonial previo.

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 además no necesariamente 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 ulterior apertura de la sucesión hereditaria y de la opinión contraria de los herederos.

- Pero es que, además, nuestra normativa civil dispone, en el artículo 101 CC español, que el derecho de pensión compensatoria concedido judicialmente (en sentencia de separación o divorcio) no se extingue por el solo hecho de la muerte del cónyuge deudor, sino que puede continuar como carga hereditaria para los herederos, salvo la facultad de reducción o supresión allí prevista a solicitud de los mismos, 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 para 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 español.

Desde el punto de vista interpretativo, acaso podría plantearse si la expresión legal “*acción de divorcio*” contenida en el art. 88 CC no debe ser entendida hoy día, vista la relevancia del consentimiento en materia de divorcio, en el sentido de considerar extinguida dicha acción únicamente en aquellos casos en que aún no se hubiera interpuesto la demanda, esto es, como extinción de la acción genérica de demandar el divorcio; pero manteniendo su vigencia cuando, antes del fallecimiento, ya se hubiera interpuesto la demanda o solicitud de divorcio, aunque luego se produzca la muerte antes de la resolución judicial de divorcio. Es decir, 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. Piénsese incluso en lo ilógico que sería, especialmente en este último caso de divorcio consensual (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, pero estando todo perfectamente atado y bien atado en cuanto a la expresa voluntad de ambas partes de divorciarse, ratificada ante el Juez, e incluso en cuanto a las medidas subsiguientes al divorcio. (En este último caso, sería indudable la validez y vigencia de lo pactado entre los cónyuges frente a los herederos del fallecido, a pesar de no haber sido homologado judicialmente, siempre que no hubiere alguna contravención de norma imperativa).

Esta interpretación podría ser la más acorde con el cambio de espíritu de la vigente legislación civil española 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 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 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 español), sino incluso *inter partes*, es decir, entre los propios cónyuges, así como también respecto de sus familiares o herederos, normalmente conocedores de la situación.

Finalmente, sobre la extinción de la acción de divorcio por fallecimiento, hay que tener en cuenta, en la comparación entre el art. 84 y el art. 88 CC, sobre la extinción de la acción, que sólo el último de ellos, respecto del divorcio, establece la extinción por muerte de cualquiera de los cónyuges (además de la reconciliación), mientras que el art. 84 CC, referido a la acción de separación, no hace lo propio con la acción de

separación, que sólo se extingue por la reconciliación (al menos no dice otra cosa el precepto legal, cuando seguramente debiera decirlo si se pretendía asignar la misma naturaleza vitalicia). Eso implica que, en sentido técnico, se podría continuar el ejercicio de una acción de separación más allá del fallecimiento de uno de los cónyuges, cuando lo consideren oportuno sus herederos, lo cual supone un contrasentido en su correlación con la acción de divorcio, que puede ser conveniente corregir.

#### 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 al 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 corresponde a los propios cónyuges, y sólo a ellos, su ejercicio.

Esta conclusión, firmemente asentada en nuestra doctrina, empezó a resquebrajarse con la Sentencia del Tribunal Constitucional español 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 demanda de 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 para conseguir los mismos o similares fines que con la acción de separación, fue sin embargo considerada por la generalidad de la doctrina española, 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.

Muy recientemente, el Tribunal Supremo español, en Sentencia de 21 de septiembre de 2011, ha venido a dar un paso más, y ha reconocido la legitimación del tutor del cónyuge incapacitado judicialmente para ejercitar también 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 Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo españoles. Al respecto, es interesante el reciente Auto de la A.P. de Barcelona (Sección 18ª) de 6 de marzo de 2012.

Parece adecuado un análisis algo más detenido sobre los argumentos jurídicos empleados por el Tribunal Supremo español para legitimar al tutor para pedir el divorcio en nombre de su pupilo, y la posible crítica a los mismos:

- Frente a quienes defienden que el carácter personalísimo de la acción de divorcio deriva de su naturaleza vitalicia ex art. 88 CC, y de ahí concluyen que esa naturaleza vitalicia no lleva necesariamente al carácter personalísimo, cabría oponer el que la idea clásica del carácter personalísimo de esta acción no necesariamente deriva del art. 88 CC. Así, podría encontrarse otro fundamento: concretamente, en la idea de representación legal (de menores e incapaces) y en los límites legales a dichas facultades representativas. Así, en materia de patria potestad, entendida ésta como paradigma de representación legal y de modelo con el más amplio contenido de poderes para el representante, nos encontramos con que el Código Civil español, ya desde la reforma de 13 de mayo de 1981, excluye expresamente la representación legal de los padres cuando se trata de ejercitar derechos de la personalidad del representado (art. 162.1 CC). Parece razonable entender que, dentro de estos derechos personalísimos podría incardinarse la decisión de divorciarse, al igual que la decisión de casarse, que sería su reverso, por lo que quedaría excluida de la intervención del representante legal, sean los padres, o sea el tutor de un menor o de un incapacitado, haya o no haya autorización judicial.

Es más, respecto del matrimonio mismo, para casarse a través de otro (representante voluntario), cabe recordar que debe otorgarse (art. 55 CC español) un poder especial, en el que además el apoderado actúa como simple nuncio o transmisor de la voluntad del poderdante. No parece, pues, que deba defenderse un criterio distinto para casarse que para divorciarse, siendo evidente que ningún representante ni voluntario ni legal puede, en nombre de su representado (por ej., incapacitado judicialmente) contraer matrimonio, sin contar con su voluntad.

Así las cosas, existen preceptos legales en el Ordenamiento jurídico español que conectan más directamente con el carácter personalísimo de la acción de divorcio, que las normas citadas en la referida Sentencia del T.S. de 21 de septiembre de 2011. En ésta se citan artículos tales como los arts. 216 o 271.6 CC español, que son, por un lado, simples referencias genéricas sobre el modo de actuación del tutor, sin delimitar el ámbito de su representación legal, o por otro, normas que fijan genéricamente la exigencia de autorización judicial previa para una serie de actos, sin que en ningún caso sean preceptos de fondo conexos con la materia de la acción de divorcio.

- Es muy dudoso también el argumento esgrimido por la antes citada STS de 21 de septiembre de 2011, de que la reforma de 2005 suprimiera la exigencia legal de expresión de la causa concreta del divorcio con fundamento en la protección de la intimidad del cónyuge demandante: no parece que sea ésta la razón, sino más bien la opción legislativa por tutelar adecuadamente el derecho al libre desarrollo de la personalidad de los cónyuges, impidiendo obstáculos temporales o de otro tipo a la ruptura del vínculo matrimonial, tal como vimos expresaba la Exposición de Motivos de la Ley española de 2005.

- 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 resultar de interés o en 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 de fondo que habría que responder sería la siguiente: ¿qué añade una sentencia de divorcio a los efectos derivados de una hipotética sentencia de separación?

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 acción y subsiguiente sentencia de 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 obteniendo el cobro de una pensión alimenticia con cargo al patrimonio del incapacitado, y que el mantenimiento de la misma por el no ejercicio de la acción de divorcio (por el tutor del cónyuge incapacitado) le supusiera a este último un perjuicio o empobrecimiento (en orden, por ejemplo, a la cobertura de sus necesidades asistenciales futuras como sujeto acuciado por una enfermedad física o mental). 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, y así hacer viable la mejor tutela de los intereses del primero, en los casos señalados. Seguramente las normas legales relativas a las causas de extinción de la obligación de alimentos, pueden ofrecer una respuesta adecuada: en concreto, aplicando la causa consistente en la imposibilidad de atender el alimentante a sus propias necesidades asistenciales o las de sus hijos (art. 152.2 CC español), o bien la posibilidad del alimentista de ejercer oficio, profesión o industria como causa de extinción (art. 152.3 CC español), o incluso la remisión a las causas de desheredación (art. 152.5 CC). Todo ello sin necesidad de acudir a una demanda de divorcio en nombre del cónyuge tutelado.

De todos modos, la cuestión exige una reflexión profunda de los intereses en juego, tanto en abstracto como en cada concreto caso, para llegar a una conclusión razonable.

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

Es sabido que la Ley procesal española 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).

Ejemplo evidente de acciones típicamente constitutivas son las acciones de filiación, en cuanto en ellas la determinación de la filiación o su cambio a través de una acción de impugnación, se producen con el dictado de sentencia, y una vez adquirida firmeza. Sin embargo, a pesar de ser típicamente constitutivas, sus efectos son retroactivos, con eficacia al momento de la generación, aunque con algunas salvedades, tal como señala el art. 112 CC español, que dispone la regla general de la retroactividad “*...siempre que ... sea compatible con la naturaleza de aquéllos y la Ley nos dispusiere lo contrario*”.

En cambio, no sucede así, en teoría, con la acción de divorcio, en cuanto que es opinión común que la sentencia no tenga efectos retroactivos, con base en lo dispuesto en el art. 89 CC español, según el cual “*La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil*”.

Sin embargo, dicha norma no dice explícitamente que el divorcio declarado no pueda tener efectos retroactivos, o que no los pueda tener, en algunos casos, al menos a partir de la fecha de interposición de la demanda de divorcio. Lo único que dice con claridad es que el divorcio, por comparación con la sentencia de nulidad matrimonial, no tiene el mismo efecto que esta última, donde sí hay efectos claramente retroactivos, al declarar la inexistencia del vínculo matrimonial desde el momento mismo 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 sólo en cuanto a la desaparición del vínculo sólo; no en cuanto a los efectos ya producidos, si hubo buena fe de alguno de los contrayentes: art. 79 CC español).

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 de divorcio declarada 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 español, en cuanto a la presunta irretroactividad total de la sentencia 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 también a esta cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la resolución judicial de divorcio.

Así, en la medida en que conste ante la autoridad encargada de decidir la disolución por divorcio, la existencia de una 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. En suma, se trataría de retrotraer los efectos de la sentencia, 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 unilateral o de la solicitud conjunta de divorcio.

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, con opiniones variadas según la materia. Veamos con detenimiento cuáles son:

4.3.1- Problemas derivados de la presentación de demanda de divorcio, 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 ante 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 la reforma del divorcio de 2005, la respuesta quizás hubiera sido otra.

La cuestión de fondo es hasta qué punto debe mantenerse la extinción de la acción de divorcio, en casos como éste, aplicando sin más la disolución por fallecimiento, cuando resulta que ya se había interpuesto demanda de divorcio, es decir, se había manifestado la inequívoca voluntad de disolver el vínculo matrimonial. Una aplicación rígida de la norma llevaría a considerar inválido el segundo matrimonio, celebrado en peligro de muerte, con el convencimiento de la disolución del matrimonio anterior, aunque pendiente de adquirir firmeza la sentencia dictada.

Así pues, quizás podría defenderse en el futuro el criterio de que la extinción de la acción previsto en el art. 88 CC español concierne a una acción aún no entablada judicialmente, pero no a la ya presentada, si luego fallece el solicitante antes de dictarse sentencia o adquirir la misma firmeza, pudiendo y debiendo continuar el procedimiento ya iniciado hasta la sentencia y su firmeza, y teniendo entonces la misma efectos retroactivos al momento de presentación de la demanda de divorcio.

#### 4.3.2.- Efectos derivados de la celebración de segundo matrimonio durante la tramitación del proceso de divorcio del primer matrimonio, cuando se produce con posterioridad la sentencia firme de divorcio.

Se trata de una variante del supuesto anterior, en el sentido de que, siendo idénticos los hechos (matrimonio celebrado después de la presentación de demanda de divorcio pero antes de la sentencia firme de divorcio), sin embargo los dos cónyuges siguen vivos, y el procedimiento continúa hasta el dictado de sentencia.

La cuestión puede suscitarse, por ejemplo, en caso de celebración de matrimonio religioso, esto es, sin expediente matrimonial previo, en donde el autorizante ha desconocido la subsistencia del primer matrimonio, por estar pendiente de una resolución judicial tras haberse solicitado el divorcio. En suma, se trata de determinar si puede prosperar una ulterior demanda de nulidad matrimonial, interpuesta por el cónyuge del primer matrimonio, con base en la existencia de impedimento de ligamen en el momento de prestar el consentimiento matrimonial en el segundo matrimonio, pero cuando ya se había manifestado por parte del contrayente su voluntad inequívoca de divorciarse, a través de la presentación de demanda de divorcio, que continúa su tramitación hasta el dictado de sentencia estimatoria, como no podría ser de otro modo.

Este caso puede darse también cuando se tramita por el Encargado del Registro, y éste, por error, autoriza el matrimonio del contrayente casado creyendo que no había impedimento de ligamen, o que ya estaba disuelto por sentencia firme, no siéndolo aún esta última.

Aunque, técnicamente, y en sentido estricto, debería ser viable una acción de nulidad matrimonial, instada, por ejemplo, por el primero de los cónyuges, o bien la negativa del Encargado del Registro de inscribir el segundo matrimonio, una vez comprobadas las fechas del matrimonio y de

la firmeza de la sentencia de divorcio, quizás habría que aplicar una solución diferente, más acorde con la libertad actual de todo cónyuge de decidir libremente la disolución de su vínculo matrimonial, con su sola voluntad. Téngase en cuenta las consecuencias negativas de la hipotética nulidad matrimonial para el segundo cónyuge, máxime si contrajo de buena fe.

4.3.3.- Sobre la posible eficacia retroactiva de la sentencia 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 denominado régimen de gananciales, aun cuando sus conclusiones podrían valer para otros regímenes matrimoniales. De nuevo conviene plantearse si la relevancia del consentimiento en materia de divorcio no debería afectar a los efectos legales de la disolución material del régimen económico matrimonial, cuando menos *inter partes*, en el sentido de permitir generalizar el criterio de la eficacia retroactiva de la sentencia de divorcio (o de separación) respecto de la disolución e inaplicación de dicho régimen económico, al momento de la interposición de la demanda (o incluso antes, a la fecha de la separación de hecho de los cónyuges).

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

A esta cuestión se refiere, por ejemplo, la Sentencia de la A.P. Barcelona (Sección 11ª) 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 con efectos a partir de su firmeza.

De nuevo se trata de una resolución anterior a la reforma española del año 2005, por lo que sus conclusiones podrían quizás verse alteradas por el nuevo espíritu legal derivado de la citada reforma.

## **5.- Los pactos prematrimoniales y matrimoniales.**

### **5.1.- Introducción.**

En los últimos años, seguramente por influencia de los países anglosajones, se viene planteando en la práctica judicial la cuestión de la licitud o ilicitud de los pactos prematrimoniales, reguladores de la convivencia durante el matrimonio o de las consecuencias de una ulterior ruptura, así como de los pactos matrimoniales, una vez producida la crisis de la pareja.

Tradicionalmente viene manteniendo la doctrina que los límites a dichos pactos o estipulaciones son los mismos que en cualquier otra rama del Derecho Civil, esto es, la ley, la moral y el orden público, sólo que la incidencia de éstos en el Derecho de familia en general es mayor y más fuerte, al existir mayor número de materias y aspectos en los que juegan cuestiones de interés u orden público, o cuestiones de orden moral. No obstante lo anterior, también se ha matizado en los últimos tiempos esta opinión tradicional, afirmando que en la actualidad, las materias de orden público en el Derecho de familia cada vez son más reducidas, y hoy día se limitan primordialmente a la protección de los intereses de los menores y los incapaces.

A este respecto, cabe hacer unas primeras consideraciones:

1.- Una primera causa del cambio de perspectiva producido a nivel social e incluso legal y jurisprudencial, puede provenir del tradicional reconocimiento de la licitud de los pactos en casos de separación de hecho. La admisión clásica de los mismos, en momentos históricos en que no se admitía el divorcio, ha llevado a una cómoda traslación de los acuerdos en ese ámbito, donde muchos fueron considerados como válidos, o se aplicaban siempre en defecto de posibles impugnaciones de su validez, al ámbito general del matrimonio.

2.- Por otro lado, ya más recientemente, también puede deberse ese crecimiento de los pactos prematrimoniales a las normas y jurisprudencia dictadas en el ámbito de las uniones no matrimoniales o uniones de hecho, donde se ha terminado por admitir en ese ámbito de forma generosa los diversos pactos reguladores de las consecuencias de una futura ruptura de la unión, de modo que se ha hecho casi inexorable el reconocimiento de la licitud de buena parte de los pactos ya en la órbita matrimonial, por razón de igualdad.

3.- Del mismo modo, en aquellos sistemas como el español en que se puede disolver el vínculo matrimonial mismo de forma unilateral y sin alegación de causa, ello seguramente ha influido en la propia vigencia y duración de los pactos matrimoniales. Se trataría de una derivación más del principio de prevalencia del consentimiento (de uno o de ambos contrayentes o ya cónyuges).

### **5.2. Consideraciones generales sobre la licitud o ilicitud de los pactos en materia matrimonial.**

- En general se considera, como argumento de base para la licitud general de los citados pactos, que nadie mejor que los propios contrayentes o cónyuges para tomar sus

propias decisiones, tanto para el tiempo de convivencia, como para los casos de ruptura o disolución del vínculo. Todo ello con base en el principio general de autonomía privada.

- Sin embargo, también se considera que, en materia matrimonial, deben hacerse algunas matizaciones, por ejemplo, debe exigirse un examen más estricto de la concurrencia de los requisitos de validez de dichos acuerdos, al ser probable una extralimitación de una de las partes, por la relación de confianza con el otro, y debe propugnarse el análisis del posible cambio de circunstancias, por si lo pactado resultase injusto en el momento de su aplicación.

Del mismo modo, se defiende la exclusión de todo lo referido al propio *status* matrimonial, o a los hijos, debiendo evitarse que en el momento de la ruptura uno de los cónyuges quede en situación de necesidad por consecuencia del pacto (v.gr., un pacto de renuncia a la pensión).

Ahora bien, puede aducirse, en contra de lo anterior, que la presunta extralimitación por exceso de confianza no necesita de mayores controles que los generales de los vicios del consentimiento (dolo, error, intimidación), de modo que los mismos vendrían a cubrir de forma satisfactoria las necesidades de protección del cónyuge afectado. No hay a día de hoy un tipo o modelo de cónyuge (por ej., la esposa) que con carácter general se vea afectada, y pueda ser considerada como “parte contratante débil” en este tipo de acuerdos prematrimoniales, al estilo de lo que sucede con los consumidores o usuarios.

- También se aduce que, que en el momento de suscribirse este tipo de acuerdos, puede existir un déficit de información acerca del estado patrimonial de uno u otro cónyuge o contrayente, y que por tanto, eso debería valorarse a la hora de juzgar la validez o invalidez de dichos acuerdos.

Frente a ello, los problemas derivados de una deficiente información, afectan al consentimiento contractual a través del dolo o el error, por lo que podría no ser necesario otorgar una tutela legal adicional por esta causa, en el sentido de restringir la validez de los pactos, o conceder poderes especiales al juez para decidir sobre ello.

- Una cuestión relevante es el del momento de suscripción del acuerdo entre los cónyuges o contrayentes. En algún ordenamiento jurídico (por ej. el alemán, & 1408 del BGB), la licitud o ilicitud del pacto sobre pensión compensatoria se hace bascular sobre el factor temporal, en el sentido de excluir la licitud del pacto de renuncia o fijación de la pensión compensatoria si se presenta demanda de divorcio en el año posterior a la firma del acuerdo donde se incluya un pacto regulador de la ruptura. La razón parece estribar en que, en tales circunstancias, se estaría en realidad previendo ya el inminente divorcio, lo que implicaría una cierta conducta dolosa.

El trasladado de este criterio a otros Ordenamientos plantea dificultades, en cuanto que no parece que ese límite temporal deba influir necesariamente en la licitud o ilicitud de lo pactado, por cuanto precisamente puede buscarse de propósito el fraude orquestando el pacto con una anticipación algo mayor. Todo ello sin perjuicio de tomar en consideración -como hacen algunas resoluciones judiciales- el lapso de tiempo

transcurrido entre la firma del pacto y la solicitud de separación o divorcio, pero nunca como factor decisivo, sino en conjunción con otros.

- En cuanto a los requisitos que deben reunir estos pactos, y en particular, si debe observarse alguna formalidad, existen algunas sentencias que parecen reconducir este tipo de pactos al ámbito de las Capitulaciones matrimoniales, y por tanto a la exigencia de forma solemne de las mismas, de modo que no serían válidos, si no se observase esa forma.

Frente a ello, se puede defender la vigencia del principio de libertad de forma en este campo. Esto debe ser así por cuanto la forma solemne de las Capitulaciones sólo puede exigirse respecto de lo relativo al régimen económico y poco más, dada su afectación a los intereses de terceros, pero no a aquellos pactos de vigencia puramente interna entre los cónyuges, o reguladores de su ulterior ruptura, por lo que no es preciso que reúnan esas formalidades.

- Por lo que concierne a las estipulaciones contenidas en las Propuestas de Convenio regulador que han de presentarse en demandas consensuales de separación o divorcio, también se ha planteado la validez y vigencia de los pactos allí contenidos, en aquellos casos en que finalmente el Convenio no sea aprobado judicialmente, o incluso cuando ni siquiera se hubiese presentado a su homologación. A estos efectos, no puede perderse de vista el dato decisivo de que los mismos han sido consentidos por ambos cónyuges, en principio con plena conciencia y libertad (salvo prueba en contrario, lógicamente), por lo que no puede descartarse totalmente su vigencia, cuando menos internamente entre las partes, en tanto no sean sustituidos por otra Propuesta nueva de Convenio regulador.

- Respecto de las estipulaciones contenidas en Convenio regulador, no necesitan en principio su aprobación judicial, al tratarse con frecuencia de un contenido atípico del mismo, no obligatorio, por lo que su eficacia depende del pacto mismo suscrito, y no de la homologación del juez.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que en estos Convenios reguladores se pueden estipular con distintas fórmulas:

- Donaciones de inmuebles a favor de cónyuge o hijos.
- Donaciones remuneratorias (pago por los “servicios prestados”)
- Rentas vitalicias que responden a las características propias de la pensión compensatoria, por otorgarse en un momento en que existe ese desequilibrio necesario de uno de los cónyuges, aunque puede tener vigencia en momentos posteriores en que haya cambiado la fortuna o la condición laboral o personal del cónyuge beneficiario.

En todos estos casos, y cuando el pacto se contenga en un Convenio regulador, habrá que examinar si no ha habido realmente un acuerdo transaccional, que responda a unas características y fines propios, y en donde no se han de cumplir las exigencias de forma de las donaciones, ni tampoco los límites de éstas (inoficiosidad...). Para saberlo, habrá que analizar el conjunto de estipulaciones contenidas dentro del Convenio

regulador, por si hubiera “contraprestaciones” a la otra parte. Del mismo modo, habría que examinar las condiciones concretas en que se otorgó el beneficio o pensión, y las circunstancias ulteriores, valorando de forma fraccionada la validez y eficacia de lo estipulado en cada momento en que tenga que aplicarse.

Incluso no es descartable que ese acuerdo transaccional propio de la solución de las disputas por la ruptura del vínculo no se materialice en un Convenio regulador, sino que se plasme -como a veces sucede- en un acuerdo contenido al margen del proceso de separación/divorcio (vgr., en una escritura de venta o de otro tipo con fines simulatorios, pero que responda a una finalidad o causa no propiamente gratuita sino a un fin último de compensación por la ruptura), y cuya eficacia jurídica no se tiene por qué rechazar, en la medida en que responda a una causa no propiamente gratuita, sino de resolución de las diferencias a la hora de resolver las distintas cuestiones que suscita la disolución matrimonial.

- Del mismo modo, se afirma la necesidad de reciprocidad como pauta específica para determinar la validez de lo pactado, de modo que ambos cónyuges puedan verse afectados por la previsión contractual, considerándose ilícito el pacto que excluya totalmente a uno de los cónyuges; no así el que sólo matice o fije criterios asimétricos para uno u otro cónyuge.

Parece difícil generalizar un criterio como éste, no pudiéndose considerar como ilícito, por ese solo motivo, un pacto que establezca determinadas medidas económicas a favor de uno de los cónyuges, o como sanción a uno solo de ellos, y no respecto del otro. Deberá examinarse el conjunto de lo pactado, y las circunstancias concurrentes, para sacar conclusiones sobre la licitud o ilicitud del mismo.

- Respecto a la posibilidad de modificar o declarar ineficaz “*a posteriori*” algún pacto prematrimonial, por circunstancias sobrevenidas, en la práctica algunos Tribunales suelen ser proclives a su admisión, seguramente por el paralelismo con lo previsto para los Convenios reguladores de la separación o el divorcio, en tanto se deba a circunstancias imprevisibles en el momento de acordarse, y no hayan sido propiciadas por los propios cónyuges.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta, en relación a los pactos prematrimoniales, que su naturaleza jurídica difiere de la de los Convenios reguladores, donde sí suele preverse legalmente la modificabilidad ulterior de los mismos por cambio de circunstancias por lo que no cabe aplicar directamente la analogía. Estos últimos constituyen acuerdos de índole transaccional, en los que se regulan de forma continuada y constante los efectos patrimoniales o personales para un período de vigencia temporal que puede ser muy amplio, por lo que estaría justificada la revisabilidad por cambio sobrevenido de circunstancias, pero no sucede lo mismo con los pactos prematrimoniales. En estos últimos, la previsión contractual está pensada para su aplicación en un momento diferido en el tiempo, pero con eficacia puntual y no necesariamente continuada (v.gr., pago de una concreta indemnización, o renuncia a la pensión misma, cuando se produzca en el futuro la ruptura de la convivencia o del vínculo). Por lo tanto, puede no ser razonable aplicar la analogía con los Convenios reguladores.

Por otro lado, el recurso al cambio de circunstancias, y la consiguiente remisión a la cláusula “*rebus sic stantibus*”, resulta complicada, al no tratarse de una relación jurídica de tracto continuo. Sería precisa una norma jurídica que expresamente previera la posibilidad de revisión o derogación de lo pactado -lo que de momento no existe en el Derecho común-, para poder recurrir a este expediente. Mientras eso no suceda, la remisión a la cláusula “*rebus sic stantibus*” para la revisión de pactos prematrimoniales como los señalados, resulta difícil como regla general, habida cuenta además que lo pactado por anticipado se hizo con seguridad previendo que la aplicación del pacto se haría en un momento lejano en el tiempo, por lo que faltaría la exigencia de la “imprevisibilidad”. En el fondo, la admisibilidad de modificar lo pactado encierra un recurso a la equidad y al criterio de justicia material del Juez, que normalmente no autorizan los distintos Códigos Civiles europeos.

- Finalmente, debe observarse, respecto de la vigencia y duración de los pactos, que habrá que analizar las circunstancias en que se redactaron y aprobaron dichos pactos, para determinar si los mismos han de tener una vigencia plena e indiscriminada, o si más bien surgieron tomando por base una situación determinada (v.gr., en fase de separación judicial o de hecho de los cónyuges) y por tanto no deben extenderse más allá de la misma, a fases o situaciones diferentes o no previstas.

## LECTURAS COMPLEMENTARIAS

### 1.- Resolución de la Dirección General de Registros y del Notariado de 31 marzo 1987

*D.<sup>a</sup> M. C. R. D. instó, ante el Consulado General de España en F., la inscripción de su matrimonio con don G. G. R., contraído «in artículo mortis» el 21 de septiembre de 1985.*

*El Cónsul Adjunto de España, Encargado del Registro Civil, denegó la inscripción solicitada.*

*La promotora del expediente interpuso recurso.*

*La Dirección General acuerda desestimar el recurso y confirmar el auto apelado, advirtiendo a la interesada de la posibilidad de que el matrimonio cuestionado produzca efectos civiles por aplicación del art. 79 del Código Civil.*

#### *FUNDAMENTOS DE DERECHO*

##### *II.*

*La inscripción del matrimonio contraído por el que se halle en peligro de muerte requiere que el Encargado competente compruebe la concurrencia previa de los requisitos legales para su celebración (cfr. art. 65 C. C.) y esta comprobación puede lograrse hoy, bien por el expediente al que se refiere el artículo 257 del Reglamento, bien, si hay acta levantada por el funcionario competente, por la calificación de este documento y de las declaraciones complementarias oportunas, siempre que no haya dudas de la realidad del hecho y de su legalidad, conforme a la ley española (cfr. artículo 256 R..R.C.).*

##### *III.*

*Por una vía u otra es siempre imprescindible cerciorarse de la validez del matrimonio y en el caso presente hay que concluir que el contrayente varón estaba aún ligado por el impedimento de ligamen, puesto que la sentencia de divorcio de su primer matrimonio no adquirió firmeza, según ha quedado probado en las actuaciones, hasta el día 20 de febrero de 1986, cuando el matrimonio «in artículo mortis» se celebró ante el cónsul de España el día 21 de septiembre de 1985.*

##### *IV.*

*En esta situación, y dados los términos inequívocos del artículo 89 del Código Civil («La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza») es forzoso rechazar la inscripción pretendida, sin que puedan entrar en juego motivos de equidad y sin que en esta instancia pueda entrarse a examinar la responsabilidad de las personas por quienes una sentencia de divorcio, dictada el día 21 de abril de 1984, no ha llegado a ser firme hasta el día 20 de febrero de 1986.*

## **2.- Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22ª) de 21 de abril de 1997**

*Ponente: Ilmo. Sr. D. Eduardo Hijas Fernández*

*Doña María Cruz R. R. interpuso demanda, en juicio declarativo de menor cuantía sobre validez de matrimonio, contra doña Vicenta G. L. ante el Juzgado de Primera Instancia núm. 28 de Madrid.*

*El Juzgado dictó, con fecha 10 de mayo de 1996, sentencia desestimatoria de la demanda declarando la falta de validez del matrimonio celebrado entre la actora y don Gonzalo G. R.*

*La Sección Vigésimosegunda de la Audiencia Provincial de Madrid declara no haber lugar recurso de apelación deducido por la actora.*

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

#### **PRIMERO.-**

*Impetra la parte apelante la declaración judicial de la validez del matrimonio celebrado «in articulo mortis», entre la misma y don Gonzalo G. R. en fecha 21 de septiembre de 1985, y su consiguiente inscripción en el Registro Civil.*

*En apoyo de tal pretensión se invoca que aun siendo cierto que al momento de la celebración de dicha unión nupcial existía impedimento de ligamen, en cuanto la sentencia que declaró disuelto, por divorcio, el matrimonio de don Gonzalo no había alcanzado firmeza, por falta de notificación a la anterior esposa, en situación procesal de rebeldía, es igualmente cierto que aquél estaba convencido de que ya estaba divorciado, y por ello pretendía institucionalizar las relaciones que venía manteniendo con doña María Cruz R. R. I., hoy recurrente. Por ello, y habiendo fallecido don Gonzalo antes de que la referida resolución disolutoria del anterior vínculo conyugal hubiese alcanzado firmeza, el segundo matrimonio contraído por el mismo, y respecto del que se propugna su declaración de validez, es un acto irrepetible, por lo que debe ser aplicado el principio del «favor matrimonii», siendo función de los órganos judiciales la interpretación y aplicación de las normas conforme a criterios de equidad.*

#### **SEGUNDO.-**

*En nuestro ordenamiento jurídico-positivo la validez del matrimonio viene condicionada, en primer término, a la ausencia de los impedimentos de carácter dirimente regulados en los artículos 46 y 47 del Código Civil, en segundo lugar a la prestación libre, y sin vicios invalidantes, del consentimiento matrimonial, según previene el artículo 45, y, finalmente, a la concurrencia de los requisitos formales establecidos en los artículos 49 y siguientes; de ahí que la falta de cualquiera de dichos condicionantes determine la nulidad del vínculo matrimonial, según las diversas prescripciones, en orden a las causas de aquélla, del artículo 73.*

*Sin embargo no todas las expresadas causas ostentan el mismo rigor respecto de la sanción de la ineficacia «ex tunc» del vínculo conyugal contraído, pues el invocado por el recurrente principio del «favor matrimonii» permite en determinados supuestos la ulterior convalidación del vínculo matrimonial que, al momento de su celebración, adolecía de determinados defectos en principio invalidantes, ya por una tácita renovación de un consentimiento que entonces no se pudo prestar, por falta de discernimiento suficiente, o bien por el voluntario o libre mantenimiento de la convivencia matrimonial una vez cesado el vicio del consentimiento que concurrió al momento de su prestación (arts. 75 y 76), y ello sin perjuicio de lo prevenido en el artículo 78 respecto de la buena fe con que se contrajo el matrimonio, en cuanto superadora de defectos de forma.*

*Es en dichos ámbitos donde exclusivamente el referido Cuerpo legal permite la superación del rigor dimanante de la literalidad del art. 73, lo que obviamente excluye otros posibles mecanismos jurídicos sanadores de vicios invalidantes del negocio matrimonial, que ni la analogía permite, ni atempera la equidad que invoca la apelante, pues para que las resoluciones judiciales puedan descansar de forma exclusiva en la misma exige el artículo 3.º del Código Civil que la Ley expresamente lo permita, previsión legal justificada porque en la aplicación de la equidad hay un matiz de creación jurídica superior a la mera aplicación de una norma vigente, y por ello la Ley ha de mandarlo expresamente, concediendo al Juez el poder discrecional o facultad de decidir según equidad, evitando así los peligros que podrían derivarse de la interpretación de la Ley por una excesiva inclinación a esta cláusula general de equidad, que podría llegar, de no adoptar cautelas legislativas para prevenir aquéllos, a la creación de un derecho alternativo con el directamente derivado de las Leyes (Sentencia del Tribunal Supremo de 8 marzo 1982). Tampoco la realidad social, que ha de informar la interpretación de las Leyes, puede llevar a conculcar el tenor literal de un precepto, sin perjuicio de impulsar, si fuera necesario, cambios legislativos (Sentencia del Tribunal Supremo de 26 diciembre 1990).*

*En tal sentido es tajante, y sin fisura posible, nuestro ordenamiento jurídico positivo al exigir, como ineludible e insuperable condición para la validez de una unión nupcial, el que, al momento de su celebración, ambos consortes gocen de absoluta libertad, en cuanto no ligados por un vínculo matrimonial anterior subsistente, de tal modo que sólo los célibes o aquellos otros cuyo antecedente matrimonio ya ha sido declarado nulo o disuelto, por divorcio, pueden acceder al estado civil matrimonial.*

*Y en lo que al caso concierne, la referida disolución, a diferencia de la producida por la muerte de uno de los cónyuges, es siempre producto de una resolución judicial firme, al así proclamarlo, de manera lógica e indubitada, el artículo 89 del Código Civil, de tal forma que no basta, cual acaece en el supuesto examinado, que al momento de la celebración del matrimonio cuya validez se propugna hubiera recaído sentencia en la instancia disolviendo el anterior matrimonio de uno de los nuevos contrayentes, sino que además, en exigencia «sine qua non», en el momento de la celebración de las nupcias de éstos, aquella resolución hubiere adquirido firmeza, bien por el agotamiento de los medios impugnatorios correspondientes, bien por haber sido consentida por las partes (art. 369 de la LECiv), dejando transcurrir, en inactividad procesal, el plazo para recurrirla, el que no comienza a correr sino desde la fecha de su notificación (art. 303 de la LECiv) que, en el caso, tuvo lugar respecto de la parte demandada por medio de edicto, dada su situación procesal de rebeldía e ignorado paradero (art. 283 de la*

*LECiv), publicado en el Boletín Oficial de la Comunidad Autónoma de Madrid» de fecha 11 de enero de 1986; y no produciéndose la firmeza de tal resolución hasta transcurridos cinco días hábiles (art. 382, en relación con el 304 de la LECiv), es obvio que al momento de la celebración del matrimonio cuya declaración judicial de validez se propugna en esta litis subsistía el precedente vínculo conyugal, lo que impedía al esposo contraer nuevas nupcias, sin que dicho obstáculo invalidante pueda ser superado, conforme a lo antedicho, ni por la alegada buena fe del referido contrayente, ni por haber alcanzado ulterior firmeza la sentencia que declaró la disolución de su anterior matrimonio, de nula eficacia además en tal momento pues su muerte, acaecida en 7 de enero de 1986, implicaba de manera automática e imperativa la disolución del vínculo matrimonial (art. 85 del Código Civil) y la extinción de la acción de divorcio en ejercicio, según previene el artículo 88 del Código Civil.*

*No existe, por otro lado, en nuestro derecho positivo el denominado matrimonio «post mortem», que en el derecho francés, según la Ley 31 diciembre 1959, permite que el Presidente de la República, por motivos graves, autorice la celebración del matrimonio si uno de los futuros esposos muere después de que el cumplimiento de las formalidades oficiales muestre inequívocamente su consentimiento; lo que lleva, como bien expone la dirección letrada del recurrente, a la absoluta irrepitibilidad del acto.*

*Por todo lo cual no puede sino concluirse en la inviabilidad jurídica de la pretensión deducida, al no ser convalidable, a pesar de la posible buena fe de los contrayentes, el matrimonio celebrado al tiempo de la existencia del impedimento de vínculo, que no admite resquicio alguno en el rigor de sus efectos invalidantes, al ser indiferente que las anteriores nupcias puedan ser disueltas, mientras ello no se haya realizado, en virtud de sentencia firme, con anterioridad al segundo matrimonio.*

**TERCERO.-**

*La desestimación, por lo expuesto, del recurso formulado, debe conllevar la expresa condena a la apelante en orden al pago de las costas procesales devengadas en la alzada, por imperativos del artículo 710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y no apreciarse por la Sala circunstancias excepcionales que amparen otro pronunciamiento.*

### **3.- Sentencia del Tribunal Supremo español de 21 de septiembre de 2011:**

***Ponente:*** *Excma. Sra. Encarnación Roca Trías*

*En la Villa de Madrid, a veintiuno de Septiembre de dos mil once.*

*Visto por la Sala Primera del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados indicados al margen, el recurso de casación interpuesto ante la Audiencia Provincial de Álava (sección 1ª), por D. Maximino , representado por la Procuradora de los Tribunales Dª Patricia Sánchez Sobrino, contra la Sentencia dictada, el día 5 de junio de 2008, en el rollo de apelación nº 31/08 , por la referida Audiencia y Sección, que resolvió el recurso de apelación interpuesto en su día contra la Sentencia que había pronunciado, el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vitoria , en los autos de juicio de divorcio contencioso nº 434/07. Ante esta Sala comparece la Procuradora Dª Gema Fernández-Blanco San Miguel, en nombre y representación de D. Maximino , en calidad de parte recurrente; asimismo comparece la Procuradora Dª María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de D. Luis Antonio y Dª Elsa , como tutores de Dª Pura , en calidad de parte recurrida. Es interviniente en el presente recurso el Ministerio Fiscal.*

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

### **PRIMERO**

*Ante el Juzgado de Primera Instancia número 4 de Vitoria, interpusieron demanda de divorcio D. Luis Antonio y Dña. Elsa , actuando como tutores de su hija Pura contra D. Maximino . El suplico de la demanda es del tenor siguiente: "... se declare el divorcio con los efectos inherentes a dicho pronunciamiento, y con expresa imposición de costas a la parte demandada si se opusiera a ello, junto con todo lo demás que proceda en Derecho".*

*Admitida a trámite la demanda fue emplazado el demandado, alegando la representación de D. Maximino los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación al caso, para terminar suplicando: "... se declare la improcedencia del divorcio solicitado por falta de legitimación activa de los tutores, o subsidiariamente por las dos cuestiones de fondo planteadas, sin expresa imposición de costas, sin perjuicio de la demanda reconventional que se formula sobre la disolución del régimen económico matrimonial". demanda con expresa imposición de costas a la parte actora."*

*En dicho escrito se formula demanda reconventional, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, para terminar suplicando: "..dicte en definitiva sentencia por la que se declare disuelta y extinguida la sociedad de gananciales y el régimen económico matrimonial de los cónyuges con fecha de efectos de 11 de Marzo de 2000, subsidiariamente el 3 de Diciembre de 2001, y subsidiariamente a lo anterior el 15 de Mayo de 2002, sin perjuicio de la liquidación que deba efectuarse por los cauces legalmente establecidos desde la fecha que el Juzgador estime oportuna".*

*El Ministerio Fiscal presentó escrito interesando: "...se dicte sentencia conforme a derecho, velándose siempre por los intereses de los hijos menores de edad afectados en el presente proceso".*

*Contestada la demanda y dados los oportunos traslados, se acordó señalar día y hora para la celebración de la vista, la que tuvo lugar con presencia de las partes. La parte actora se afirmó y ratificó en sus pretensiones, la parte demandada se afirmó y ratificó en su solicitud, proponiendo ambas el recibimiento del pleito a prueba, practicándose las admitidas y declaradas pertinentes con el resultado que obra en autos. El Ministerio Fiscal, no propuso prueba, y se adhirió a la propuesta por las partes.*

*El Juzgado de Primera Instancia dictó Sentencia, con fecha 24 de septiembre de 2007, y con la siguiente parte dispositiva: "FALLO: Que desestimando la demanda interpuesta por la representación de Dña. Elsa y D. Luis Antonio contra D. Maximino , debo declarar y declaro no haber lugar a la disolución, por divorcio, del matrimonio formado por Dña. Pura y D. Maximino .*

*Se declara disuelta la sociedad de gananciales con fecha de sentencia de separación dictada por la AP de Álava, 20 de diciembre de 2004 .*

*Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad".*

## **SEGUNDO**

*Contra dicha Sentencia interpusieron recurso de apelación D. Luis Antonio y Dña. Elsa , actuando como tutores de su hija Pura . Sustanciada la apelación, la Sección 1ª de la [Audiencia Provincial de Álava dictó Sentencia, con fecha 5 de junio de 2008](#) , con el siguiente fallo: "ESTIMAR el recurso interpuesto por D. Luis Antonio y Dª Elsa como tutores de Pura , representados por el procurador Sr. de las Heras contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia nº 4 de Vitoria en el procedimiento de Divorcio Contencioso nº 434/07, REVOCANDO la misma, y, en consecuencia, que ESTIMANDO la demanda interpuesta por Luis Antonio y Elsa debemos DECLARAR Y DECLARAMOS el DIVORCIO entre Pura y Maximino con todos los efectos inherentes, todo ello sin expresa imposición de costas en ninguna de las instancias".*

## **TERCERO**

*Anunciado recurso de casación por D. Maximino , contra la sentencia de apelación, el Tribunal de instancia lo tuvo por preparado y dicha parte, representada por la Procuradora de los Tribunales Dª. Patricia Sánchez Sobrino, lo interpuso ante la Sala, articulándolo en los siguientes motivos:*

*Primero.- Infracción de las normas sustantivas sobre divorcio (arts. 86 y 81 C.C ), y representación de los tutores (arts. 267, 271 y 272 C.C .) y de la jurisprudencia respecto del carácter personalísimo de la acción de divorcio por el cauce del art. 477.2.3º y 3 de la LEC.*

*Segundo.- Infracción de la jurisprudencia sobre el carácter personalísimo de la acción de divorcio en relación con normas sustantivas de aplicación (arts. 81, 86, 267, 271 y 272 C.C .) Necesidad interés tutelable del incapaz, por el cauce del art. 477.2.3º y 3 LEC .*

*Tercero.- Infracción de las normas sustantivas de aplicación sobre el divorcio (arts. 81 y 86 C.C .) con vigencia inferior a cinco años y sin doctrina jurisprudencial específica; por el cauce del art. 477.2.3º y 3 de la LEC.*

*Por resolución de fecha 2 de septiembre de 2008, la Audiencia Provincial acordó la remisión de los autos originales a la Sala Primera del Tribunal Supremo.*

#### **CUARTO**

*Recibidos los autos y formado el presente rollo se personó la Procuradora D<sup>a</sup> Gema Fernández-Blanco San Miguel, en nombre y representación de D. Maximino , en calidad de parte recurrente; asimismo comparece la Procuradora D<sup>a</sup> María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de D. Luis Antonio y D<sup>a</sup> Elsa , como tutores de D<sup>a</sup> Pura , en calidad de parte recurrida. Es interviniente en el presente recurso el Ministerio Fiscal.*

*Admitido el recurso por auto de fecha 10 de marzo de 2009 y evacuado los traslados conferidos al respecto, la Procuradora D<sup>a</sup>. María Rodríguez Puyol, en nombre y representación de D. Luis Antonio y D<sup>a</sup> Elsa , actuando como tutores de su hija Pura , impugnó el mismo, solicitando se declarase no haber lugar al recurso.*

*El Ministerio Fiscal, presentó escrito impugnando el recurso de casación.*

#### **QUINTO**

*Se señaló como día para votación y fallo del recurso el dieciséis de marzo de dos mil once, y por resolución de esa misma fecha se acordó, vista la materia sobre la que debe resolverse, suspender el señalamiento y someter el contenido de dicho recurso al Pleno de la Sala, señalándose el veinte de julio de dos mil once, en el que el acto tuvo lugar.*

*Ha sido ponente la Excm. Sra. D<sup>a</sup>. Encarnación Roca Trías ,*

#### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

## PRIMERO

*Resumen de los hechos probados.*

*1º Dª Pura y D. Maximino contrajeron matrimonio el 16 mayo 1998; de dicho matrimonio no nacieron hijos.*

*2º El 11 marzo 2000 Dª Pura sufrió un grave accidente de circulación, como consecuencia del cual quedó tetraplégica y en estado de coma vigil, del que no se ha recuperado hasta la fecha.*

*3º Se inició un procedimiento de incapacitación. En la sentencia de 1ª Instancia se atribuyó la tutela al marido, D. Maximino , revocándose dicha sentencia por la de la Audiencia Provincial que concedió la tutela a los padres por razón de su mayor disponibilidad para hacerse cargo de la tutelada.*

*4º Los padres tutores interpusieron la acción de separación de los cónyuges, que fue estimada por la [sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, de 20 diciembre 2004 \( AC 2005, 255\)](#) . En la sentencia se consideraba que concurrían causas de separación antes del accidente de la esposa que demostraban "un cierto desafecto entre los cónyuges", como que: i) la esposa había consultado a un abogado para asesorarse sobre el procedimiento de separación antes del accidente; ii) que en el nombramiento de los padres como tutores, influyó el hecho de que al ser el marido joven podía rehacer su vida; iii) el marido iba muy poco a visitar a la esposa internada después del accidente, ni había acudido al centro ni la había llamado, lo que indicaba "la existencia de un incumplimiento, al menos, de los citados deberes de ayuda y socorro entre los cónyuges", de modo que la sentencia concluía que "[...]ante tales circunstancias resulta del interés del incapaz declarar la separación".*

*Desde aquel momento, por consiguiente, los cónyuges Dª Pura y D. Maximino se encuentran en situación legal de separación, puesto que la sentencia es firme al no haber admitido el [auto de esta Sala de 3 julio 2007 \( JUR 2007, 236543\)](#) , el recurso de casación interpuesto por el marido.*

*5º Los tutores D. Luis Antonio y Dª Elsa , interpusieron demanda de divorcio en representación de su hija Dª Pura . D. Maximino se opuso a la demanda.*

*6º La sentencia del juzgado de 1ª Instancia nº 4 de Vitoria-Gasteiz, de 24 septiembre 2007, estimó la legitimación de los tutores, siguiendo el criterio de la STC de 18 diciembre 2000 , pero denegó el divorcio. Dijo: **a)** que no está clara la aplicación de la doctrina de la [STC 311/2000 \( RTC 2000, 311\)](#) al divorcio, porque éste significa la ruptura y disolución del vínculo matrimonial; **b)** la prestación del consentimiento para contraer matrimonio es un acto personalísimo y no se permite que sea prestado por*

otra persona; en consecuencia esta misma limitación afecta al consentimiento para el divorcio; c) el ejercicio de tales acciones solo puede ser consecuencia de un acto de la voluntad del propio cónyuge.

7º. Apelaron los progenitores/tutores D. Luis Antonio y Dª Elsa . La [sentencia de la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, de 5 junio 2008 \( JUR 2009, 6736\)](#) , revocó la apelada. Dice que: **a)** el argumento de admitir la legitimación activa de los tutores, pero denegar el divorcio lleva a una solución vacía de contenido, de modo que "los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio y para obtener una resolución acorde a sus pretensiones, siempre que concurran los requisitos exigidos por el legislador" ; **b)** si no fuera así, se estarían vulnerando los derechos a la tutela judicial efectiva y el principio de igualdad; **c)** no sería lógico que el esposo pudiera obtener el divorcio en cualquier momento y que no pueda solicitarlo la esposa a través de sus tutores; **d)** finalmente, añade que "no existe, pues, base legal inequívoca que preste fundamento a la distinción entre actos personalísimos o no personalísimos, en cuanto complemento interpretativo o matización del alcance del Art. 267 [CC \( LEG 1889, 27\)](#) , para desembocar con esa distinción en una restricción del ámbito representativo del tutor, que ha sido en este caso la base de la negativa de acceso a la justicia en nombre del incapacitado".

8º D. Maximino interpone recurso de casación, al amparo del Art. 477.2, 3 [LEC \( RCL 2000, 34 y RCL 2001, 1892\)](#) , que fue admitido por auto de esta Sala de 10 marzo 2009 .

La parte recurrida se opuso a la admisión del recurso porque, a su entender, no presentaba interés casacional.

El Ministerio Fiscal interesó la impugnación del recurso.

## SEGUNDO

Rechazo de la oposición a la admisión del recurso.

La parte recurrida se opone a la admisión del recurso porque considera que no presenta interés casacional, al fundarlo el recurrente en dos [sentencias del TS, la de 27 febrero 1999 \( RJ 1999, 1418\)](#) y la de [26 mayo 1982 \( RJ 1982, 2600\)](#) . Dicen los recurridos que la no concurrencia del interés se demuestra en el [ATS de 3 julio 2007 \( JUR 2007, 236543\)](#) , que no admitió a trámite el recurso de casación, formulado por el mismo recurrente contra la sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, dimanante de los autos de separación matrimonial de los mismos cónyuges, recurso que estaba fundado en la infracción de las mismas sentencias ahora alegadas.

*Este óbice no se admite, porque una cosa es el recurso presentado contra la sentencia de la Audiencia Provincial que admitió el ejercicio de la acción de separación por los tutores representantes legales y otra muy distinta es la referida a la acción de divorcio que es objeto de este recurso, teniendo en cuenta, además, la alegación de la legislación que a juicio del recurrente, ha sido vulnerada.*

*Debe decirse, además, en apoyo del rechazo a la oposición, que las sentencias que se citan como representativas de la línea jurisprudencial que el recurrente dice infringida fueron anuladas por la [STC 311/2000, de 18 diciembre \( RTC 2000, 311\)](#) .*

### **TERCERO**

*Inadmisión del motivo primero.*

*El Motivo primero examina los argumentos de la sentencia recurrida. El motivo se titula "Sentencia de apelación: argumentos. Primera réplica por infracción de las normas sustantivas sobre divorcio (arts. 86 y 81 CC ) y representación de los tutores (arts. 267, 271 y 272 CC ) y de la jurisprudencia respecto del carácter personalísimo de la acción de divorcio; por el cauce del art. 477.2, 3 y 3 LEC ". En el desarrollo, analiza las conclusiones de la sentencia recurrida, que rechaza, aportando las suyas propias.*

*El primer motivo no se estima.*

*El recurrente se dedica a resumir y oponerse a los argumentos de la sentencia recurrida, en un motivo que debería haberse planteado a través del recurso extraordinario por infracción procesal, ya que, en definitiva, se está cuestionando la motivación. En definitiva, en este primer motivo se está incurriendo en el vicio casacional consistente en hacer supuesto de la cuestión, que determina la desestimación del motivo en el que se incurre.*

### **CUARTO**

*Enunciado de los motivos segundo y tercero. Examen conjunto*

*Motivo segundo . Infracción de la jurisprudencia sobre el carácter personalísimo de la acción de divorcio en relación con las normas sustantivas de aplicación, que considera son los Arts. 81, 86, 267, 271 y 272 CC : necesidad de concurrencia del interés tutelable del incapaz. El interés casacional está justificado por las [sentencias del Tribunal Supremo de 27 febrero 1999 \( RJ 1999, 1418\)](#) y [26 mayo 1982 \( RJ 1982, 2600\)](#) . Hay que analizar el carácter personalísimo de la acción de divorcio que la sentencia recurrida niega, carácter del que se desprende la exigencia de un interés tutelable exclusivamente del incapaz en el ejercicio de la acción de divorcio. El único acto personalísimo comparable a esta acción es el matrimonio, cuyo consentimiento no*

*puede ser sustituido por los tutores. Del Art. 267 CC se desprende que la mayor o menor extensión de las facultades representativas, no incluyen el ejercicio de las acciones personalísimas. Dice que de la STS de 27 febrero 1999 , se deduce la exigencia de un interés tutelable del incapaz para que prospere la acción de divorcio una vez concurren los requisitos legales.*

*El Motivo tercero, presenta una unidad argumental con el segundo, por lo que se va a examinar conjuntamente. Denuncia la infracción de las normas sustantivas de aplicación sobre el divorcio, Arts. 81 y 86 CC , con vigencia inferior a cinco años y sin doctrina jurisprudencial específica. La modificación del Código civil, realizada por medio de la [ley 15/2005 \( RCL 2005, 1471\)](#) , no autoriza a los tutores para representar al tutelado en el ejercicio de la acción de divorcio. Al ser el divorcio prácticamente automático, se debe interpretar con cautela la norma de aplicación del Art. 86 CC , en relación con el Art. 81 . Insiste en que se requiere un interés tutelable exclusivamente en beneficio del incapaz para que "esta acción de divorcio, hoy automática, de carácter personalísimo, pueda quedar estimada en cuanto al fondo del asunto".*

*Los motivos segundo y tercero no se estiman .*

## **QUINTO**

*Planteamiento constitucional de la legitimación para ejercitar la acción del divorcio por los representantes legales del incapaz.*

*A los efectos de la motivación de la presente sentencia, resulta indispensable el examen de la STC 311/2000, de 18 diciembre , alegada por las partes a lo largo del presente procedimiento y en el propio recurso de casación.*

*La STC 311/2000 se pronunció sobre el ajuste a la Constitución de las sentencias [105 \( AC 1998, 248\)](#) y 106, de 23 febrero 1998 , dictadas por la Audiencia Provincial de Asturias , que habían negado legitimación para ejercer la acción de separación a la madre y tutora de una persona incapacitada. El TC decidió que debía protegerse el derecho a la tutela judicial efectiva de la persona incapaz y declaró que se había lesionado este derecho por la negativa a que la madre tutora pudiera ejercitar la acción. La STC se planteó, en primer lugar, si concurría o no un interés legítimo que se habría impedido por no haberse permitido el acceso a la tutela judicial efectiva. El argumento que utilizó la sentencia de referencia decía que "[...]la separación matrimonial y la acción judicial que constituye el medio para obtenerla, vienen a satisfacer un interés legítimo de defensa de los cónyuges frente a la situación de convivencia matrimonial, cuando ésta les resulta perjudicial [...]", interés que puede residir bien en una situación de peligro físico, bien en una situación "patrimonial en*

*supuestos fácilmente reconducibles al incumplimiento de estos deberes". Negar legitimación al tutor "determina de modo inexorable el cierre, desproporcionado por su rigorismo, del acceso del interés legítimo de ésta a la tutela judicial, si se advierte que, privado el incapacitado con carácter general, del posible ejercicio de acciones[...], el ejercicio de la separación solo puede verificarse por medio de su tutor, con lo que si a éste se le niega la legitimación para ello, dicho cierre absoluto es su ineludible consecuencia[...]" . El cierre de la posibilidad de ejercicio de la acción de separación en aquel caso, "[...]no cumple las exigencias de razonabilidad ni de proporcionalidad respecto de ningún fin discernible en el régimen de la tutela", por lo que "[...] desemboca en una inaceptable situación de desigualdad de los esposos en la defensa de sus intereses patrimoniales, ya que no responde a ningún fundamento objetivo y razonable que pueda justificar una diferencia de trato de tal naturaleza, máxime si se atiende a los mandatos que se derivan del art. 49 [CE \( RCL 1978, 2836\)](#) en cuanto al tratamiento de los incapaces y del art. 32.1 CE en cuanto a la posición de igualdad de ambos cónyuges en el matrimonio" .*

*El voto particular concurrente del propio ponente va más allá, en cuanto que supera en su argumentación, la tradicional distinción entre derechos personales y derechos personalísimos, que solo podrían ser ejercitados por el titular y nunca por su representante legal. Así afirmaba que negar al tutor la legitimación para el ejercicio de la acción de separación "no se basa en un precepto legal inequívoco, sino más bien en un concepto doctrinal de acciones personalísimas, que es el que subyace en la interpretación del art. 81 CC " .*

*Esta STC es fundamental para la resolución del presente recurso, si bien éste se refiere a la acción de divorcio planteada por los padres/tutores, supuesto que carece de regulación en la legislación española actualmente en vigor y que ofrece algunos problemas propios, diferentes a los planteados en la STC 311/2000 , especialmente importantes a raíz de la modificación del divorcio, efectuado por la [ley 13/2005 \( RCL 2005, 1407\)](#) . La STC 311/2000, de 18 diciembre plantea exactamente el problema, al centrar la cuestión en el interés del incapacitado (FJ4), pero se refiere al interés en la separación en un momento en que el Código civil exigía la alegación de causas y solo sería aplicable plenamente en la separación actual, porque su estructura después de la reforma es muy similar. Por tanto, no puede solucionarse el presente recurso con la simple referencia a la STC examinada, sino que debe estudiarse si el divorcio, que comporta la disolución del matrimonio a diferencia de la separación, puede ser ejercitado por el tutor en una acción planteada en nombre y representación del cónyuge incapacitado.*

## **SEXTO**

*El ejercicio de los derechos fundamentales cuyo el titular está incapacitado.*

*En el presente supuesto y siempre que se trate de la acción de separación o divorcio ejercitada por los tutores en nombre e interés de una persona incapacitada, están presentes dos derechos fundamentales:*

*1º El derecho fundamental a la libertad de continuar o no casado. El divorcio actual no requiere alegación de causa cuando lo ejercita personalmente el interesado, quien no tiene que justificar sus motivos, porque de esta manera, el ordenamiento protege el derecho a la intimidad del cónyuge peticionario del divorcio. A ello obedece la regulación puesta en vigor por la ley 13/2005, al no exigir la alegación de causas.*

*2º El derecho a la tutela judicial efectiva permite ejercer las acciones cuya titularidad corresponde al incapacitado por medio del representante legal, tal como establece el art. 271,6 CC, que atribuye a los tutores la legitimación "para entablar demanda en nombre de los sujetos a tutela", siempre con autorización judicial, que no se requerirá "en los asuntos urgentes o de escasa cuantía". Esta norma no distingue la naturaleza de la acción que se está ejerciendo en nombre de la persona incapacitada, y así están también incluidas en el art. 271,6 CC las acciones para pedir el divorcio y la separación. La tutela judicial efectiva queda protegida por este medio y la tradicional teoría académica acerca de los derechos personalísimos no puede aplicarse.*

## **SÉPTIMO**

### *Precedentes.*

*La posibilidad de que el tutor de una persona incapacitada casada pueda o no ejercer la acción de divorcio tiene pocos precedentes en los ordenamientos de nuestro entorno. A ello contribuyen dos condicionamientos: i) la tutela tiene aspectos muy distintos en estos ordenamientos, a pesar de estar construida en todos ellos como sistema de protección de discapacitados e incapaces, y ii) el divorcio tiene una regulación no uniforme en estos ordenamientos.*

*1º El Código civil francés no admite el ejercicio de la acción de divorcio por consentimiento mutuo por el representante de mayores de edad protegidos, sea cual sea el régimen de protección a que estén sujetos (art. 249-4); en cambio, sí admite la acción en nombre del cónyuge sometido a tutela en los casos de divorcio contencioso (Art. 249). El tutor puede ejercitarla solo si ha obtenido la autorización del consejo de familia, previo el informe del médico. Asimismo, el Art. 249-1 establece que la acción se ejercerá contra el tutor si el cónyuge contra el que se presenta la demanda, está sometido a tutela.*

*2º En Alemania, el § 8,n 1 de la Familienverfahrgesetz (ley de procedimientos de Derecho de familia), establece que una persona incapaz puede ser parte en los*

*procedimientos matrimoniales, pero las personas que representan a dicha parte de acuerdo con las disposiciones de derecho civil debe actuar como parte (§9 (2) FPA), de tal manera que si la persona es mentalmente incapaz, debe actuar el representante, quien debe ser autorizado por el Juzgado o el Tribunal de familia o el Tribunal de tuteladas (§125 (2) FPA).*

*3º En Italia, sin embargo, no hay previsión sobre esta posibilidad.*

*4º La Ley española de divorcio, de 1932 admitió que los tutores pudieran ejercitar esta acción en su art. 40 , que decía que "por los incapacitados, a tenor del Art. 213 CC , podrá pedir la separación su tutor, con autorización del Consejo de familia". No se especificaba nada en relación al divorcio, pero el Art. 48 exigía la intervención del Ministerio Fiscal en estos procedimientos cuando existieran "menores, ausentes o incapaces".*

*La [Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, ratificada por España en 2008 \( RCL 2008, 950\) , establece en el art 12.3, que "3 . Los Estados Partes adoptarán las medidas pertinentes para proporcionar acceso a las personas con discapacidad al apoyo que puedan necesitar en el ejercicio de su capacidad jurídica" y a continuación, en el art. Artículo 13, se dice que "1 . Los Estados Partes asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, \[...\]"](#).*

*Estos principios deben ser tenidos en cuenta en la resolución que se demanda, porque la ratificación del Convenio de Nueva York y su consiguiente incorporación al ordenamiento español, obliga a los Tribunales a aplicar los principios que contiene y facilitar la actuación del incapaz a través o por medio de sus representantes legales. Si no se admitiese dicha actuación, en el caso de la acción de divorcio se estaría restringiendo su ejercicio y vulnerando el derecho a la tutela judicial efectiva, con el resultado que el matrimonio se convertiría de hecho en indisoluble en aquellos casos en que la otra parte, la capaz, no quisiera demandarlo.*

## **OCTAVO**

*La legitimación de los tutores.*

*Las anteriores razones llevan a concluir que los tutores están legitimados para ejercitar la acción de divorcio en nombre de una persona incapacitada, siempre que por sus condiciones, no pueda actuar por sí misma. Esta solución no es extravagante en el ordenamiento español, ya que el Código civil legitima al Ministerio Fiscal y "a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo" en la acción para pedir la declaración de nulidad de un determinado matrimonio (art. 74 CC ), así como a padres,*

tutores, guardadores y Ministerio Fiscal cuando la acción tenga por objeto pedir la nulidad de un matrimonio por falta de edad (art. 75 CC ).

*La representación legal del tutor le impone el deber de ingerencia en la esfera jurídica del incapaz cuando sea necesario para obtener su protección, si bien no libremente, sino con las limitaciones que derivan de la naturaleza de función que tiene la tutela y por ello el ejercicio de la acción de divorcio por parte de los tutores debe responder a las mismas reglas que rigen la representación legal por las siguientes razones.*

*1ª Debe aplicarse lo dispuesto en el art. 216.1 CC , que es la norma general que rige, en cualquier caso, la actuación de los tutores, porque "las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial". Por ello, el art. 271 CC exige autorización judicial para entablar cualquier tipo de demanda.*

*2ª En segundo lugar, el ejercicio de esta acción debe obedecer a los intereses del incapaz, por lo que debe justificarse que la actuación se lleva a cabo en interés del incapaz, tal como concluyó, en una legislación distinta, la STC 311/2000 .*

*3ª Hay que tener en cuenta que en los procedimientos de derecho de familia en los que son parte menores e incapaces se requiere la actuación del Ministerio Fiscal, que deberá velar por sus intereses, con lo que se garantiza que las acciones de los tutores no sean caprichosas o arbitrarias.*

*Constituiría una falacia negar el ejercicio de la acción de divorcio a los tutores sobre la base de que a partir de la reforma de 2005, no se exige la alegación de causas. Lo único que efectuó la reforma fue eliminar la necesidad de expresar la concurrencia de causa, para proteger el derecho a la intimidad del cónyuge que pide el divorcio; esta configuración no puede impedir el ejercicio de la acción cuando exista interés del incapaz, pero de ello no se deduce que los tutores puedan ejercitar arbitrariamente dicha acción, porque deben justificar que existe un interés del incapaz en obtener la disolución de su matrimonio, lo que van a permitir la actuación del tutor.*

## NOVENO

*La concurrencia de interés de la incapacitada.*

*A continuación debe examinarse si en este caso concurren las circunstancias anteriores y muy en especial, si existe interés del incapaz en el ejercicio de la acción de divorcio por sus tutores.*

*1º La [sentencia de separación, de Audiencia Provincial de Álava, de 20 diciembre 2004 \( AC 2005, 255\)](#)  , consideró probado que concurrían causas de separación antes*

*del accidente de la esposa, según se ha resumido en el FJ 1º-4 de esta sentencia, de modo que la sentencia concluía que "[...]ante tales circunstancias resulta del interés del incapaz declarar la separación".*

*2º Los tutores obtuvieron autorización judicial para interponer la acción de divorcio como representantes legales de su hija incapacitada. Esta petición fue denegada inicialmente, pero apelada, se dictó auto por la sección 1ª de la Audiencia Provincial de Álava, en 24 noviembre 2006 ( JUR 2007, 94634 ) , autorizándose a los tutores para ejercer dicha acción en la que se entendía que los tutores tenían legitimación de acuerdo con los arts. 267 y 271 CC , independientemente del tipo de acción que ejercitaran.*

*3º Autorizados los tutores para ejercitar la acción de divorcio, y acreditado el interés del incapaz, la Audiencia Provincial debía pronunciarse sobre el fondo del asunto, lo que se hizo en la sentencia que se recurre, que examinó si el divorcio era favorable al interés de la esposa incapacitada, sobre la base de lo que se había considerado probado en la sentencia de separación, situación que no se había modificado en el momento de presentarse la demanda de divorcio.*

## **DÉCIMO**

*Desestimación del recurso y costas.*

*En consecuencia de la doctrina sentada en esta sentencia, debe declararse que los Sres. D. Luis Antonio y Dª Elsa , como tutores de Dª Pura , ejercieron correctamente la acción de divorcio en representación de su hija incapacitada, por lo que procede la desestimación del recurso de casación formulado por la representación procesal de D. Maximino , con la confirmación de la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Álava, sección 1ª, de 5 junio 2008 , que estimó la demanda.*

*No se considera procedente imponer las costas a la parte recurrente, en virtud de lo dispuesto en el art. 394 LEC, en relación con el 398 LEC, dado que el asunto presenta serias dudas de Derecho, como se desprende de lo razonado al examinar los motivos del recurso de casación.*

*Por lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español.*

## **F A L L A M O S**

*1º Se desestima el recurso de casación formulado por la representación procesal de D Maximino contra la Sentencia de la Audiencia Provincial de Álava, Sección 1ª, de 5 junio 2008 ( JUR 2009, 6736 ) , en el rollo de apelación nº 31/08 .*

2º No ha lugar a casar la sentencia recurrida por los motivos formulados, que resulta confirmada con este alcance.

3º No ha lugar a la imposición de las costas de este recurso de casación.

Librese a la mencionada Audiencia la certificación correspondiente, con devolución de los autos y rollo de apelación remitidos.

Así por esta nuestra sentencia, que se insertará en la COLECCIÓN LEGISLATIVA pasándose al efecto las copias necesarias, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

## **BIBLIOGRAFÍA**

ARNAU RAVENTOS, L., “Legitimación del tutor para interponer una acción de divorcio en representación del incapacitado”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, Nº 89, Mayo-Agosto 2012, pag.413 ss..

CLAVERIA GOSALBEZ, L.H., “La transformación del concepto de matrimonio en Derecho Civil español tras las reformas de julio de 2005 (Breve estudio legislativo), *Anuario de Derecho Civil*, Enero-marzo 2007, pag. 5 ss..

MESSIA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., “La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante Notario en España”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Nº 734, 2012, pag. 3351 ss.

MARTINEZ DE AGUIRRE ALDAZ, C. Y OTROS, *Curso de Derecho Civil IV. Derecho de Familia*, Edit. Colex, 3ª Edic., 2011.