



Universidad de Valladolid

Facultad de Derecho

Grado en Derecho

EL PROCESO DE DIVORCIO

Presentado por:

Victoria Isabel Crespo Alonso

Tutelado por:

María José Moral Moro

RESUMEN

Las crisis matrimoniales son la forma de disolución de los conflictos matrimoniales, entre las que se encuentra el divorcio, entendido como una causa de disolución de un matrimonio válidamente celebrado en virtud de una sentencia, un decreto o una escritura pública ante Notario. Se ha pasado de un matrimonio indisoluble, con la modificación del Código Civil por Ley 30/1981, de 7 de julio y Ley 5/2005, de 8 de julio, y posteriormente la Ley 15/2015, de 2 de julio, de modificación de la Legislación Voluntaria, a un matrimonio soluble a través de los procesos matrimoniales. Se puede apreciar el gran cambio producido en la regulación jurídica del divorcio, dejando entrever la mentalidad reformista que ha mantenido el legislador durante todo ese tiempo. Actualmente el divorcio disfruta de un régimen configurado con abstracción de la causa, abandonándose también la necesidad de la separación como paso previo para obtener el divorcio.

PALABRAS CLAVE

Crisis matrimoniales, separación, divorcio, nulidad, vínculo matrimonial, procedimiento, régimen económico matrimonial, sociedad de gananciales.

ABSTRACT

Matrimonial crises are the way of dissolution of marital conflicts, among which divorce is included, understood as a cause of dissolution of a marriage validly celebrated by virtue of a judgment, a decree, or a public deed in the presence of a notary. With the modification of the Civil Code by Law 30/1981, of 7 July 1981 and Law 15/2005, of 8 July 2005, and subsequently Law 15/2015, of 2 July 2015, on the modification of Voluntary Legislation, there has been a change from an indissoluble marriage to a soluble marriage through matrimonial proceedings. It is possible to notice the great change produced in the legal rules on divorce, revealing the reformist mentality that the legislator has maintained during all this time. Divorce currently operates under a regime based on the abstraction of the cause, and the need for separation as a previous step to obtaining a divorce has also been abolished.

KEY WORDS

Matrimonial crises, separation, divorce, annulment, marriage relationship, proceedings/procedures, matrimonial property regime, community property.

1.- EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CRISIS MATRIMONIALES

1.1 - El divorcio antes de la ley 15/2005.

1.2- Regulación actual en el Código Civil

2.- DIFERENCIA ENTRE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

3.- EL DIVORCIO

3.1.- Concepto y normativa aplicable

3.2.- Clases

3.2.1- Divorcio declarado por el juez

3.2.2- El divorcio por decreto del Letrado de la Administración de Justicia

3.2.3- El divorcio mediante escritura pública

4.- EL TRÁMITE VÍA JUDICIAL DE UN PROCESO DE DIVORCIO

4.1.- Tramitación procesal del divorcio de mutuo acuerdo:

4.1.1- Con hijos menores

4.1.2- Sin hijos o con hijos mayores de edad dependientes económicamente o independientes.

4.2.- Tramitación procesal del divorcio contencioso:

4.2.1- Medidas previas a demanda

4.2.2- Medidas coetáneas a demanda

4.2.3- Juicio de divorcio: Demanda

Contestación

Prueba: momentos de proposición y práctica

Especial referencia a la prueba de situación económica y a la pericial psicosocial

La vista

Conclusiones

Sentencia, forma y contenido

4.3.- Intervención del Ministerio Fiscal

5.- EFECTOS DEL DIVORCIO

5.1.- En relación con el vínculo matrimonial

5.2.- En relación con los hijos del matrimonio. Patria potestad, custodia y alimentos

5.3.- En relación con la vivienda común

5.4.- En relación con los bienes y cargas comunes.

6.- DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. TRAMITACIÓN PROCESAL

6.1.- La extinción del régimen económico matrimonial: art. 95 CC

6.2.- La liquidación de la sociedad de gananciales en convenio regulador

6.3 La liquidación de la sociedad de gananciales contenciosa

INTRODUCCIÓN

Desde el año 1932 ha comenzado a regularse en nuestro país la institución del divorcio como forma de disolución del matrimonio, dando lugar a uno de los textos más avanzados de la época bajo la consideración de que la institución de la familia debía ser salvaguardada por el Estado, pero con la desventaja de que debían haber transcurrido dos años desde la celebración del enlace y estar fundamentada la pretensión de divorcio en una de las causas legalmente previstas.

Esta primera ley reguladora del divorcio únicamente estuvo vigente hasta 1938, año en el que se aprobó el Decreto que suspendió todos los pleitos de separación o divorcio. Fue en 1981 cuando gracias a ley 30/1981 del Divorcio se recuperó la posibilidad de extinguir el vínculo matrimonial, debido a la modificación de la regulación matrimonial en el Código Civil, y a pesar de la posición contraria inicialmente del Consejo General del Poder Judicial.

Este trabajo pues, aborda el rumbo que ha tomado la regulación del divorcio en España estos últimos años hasta dar lugar al divorcio como lo conocemos hoy en día. La normativa reguladora se encuentra en el Código Civil, y el proceso de divorcio está contemplado en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC), ambas leyes modificadas por la reforma de la Ley 15/2005 del Divorcio.

En las siguientes líneas se busca poner de manifiesto el carácter reformista y progresista que ha tomado la regulación de esta institución, pues actualmente el único factor determinante para la concesión del mismo es la voluntad de los cónyuges, sin que sea preceptivo alegar justa causa, ni siquiera acreditar el cese efectivo de la convivencia conyugal. Únicamente se exige el transcurso del plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio para poder instar el divorcio. Esta nueva regulación apela a la libertad de decisión de los cónyuges sobre su matrimonio y al libre desarrollo de la personalidad.

Es conveniente resaltar que el divorcio, a diferencia de la separación matrimonial, disuelve el vínculo matrimonial, por lo que los cónyuges pueden contraer nuevo matrimonio. Aunque las normas que regulan la extinción del matrimonio son de *ius cogens*, no es siempre necesario un procedimiento judicial, sino que puede ser decretado por el Letrado de la Administración de Justicia o mediante Notario.

Es objeto de este estudio también analizar el procedimiento judicial desde que se ejercita la acción por uno de los cónyuges hasta que se dicta sentencia al final del proceso, pasando en ciertos casos, si se alcanza, por un convenio acordado por ambos cónyuges. Se sustenta a través de la regulación específica de las crisis matrimoniales, en base a un juicio verbal y teniendo en cuenta la supletoriedad de las reglas generales de la LEC.

Estas cuestiones son aún más delicadas cuando el matrimonio tiene hijos, mayores o menores de edad, quienes también sufren la ruptura conyugal, aunque en todo momento debe garantizarse el llamado interés superior del menor. Se adoptarán una serie de medidas dependiendo de cada caso, pues como es de esperar, es una materia que cuenta con una enorme casuística.

En las siguientes páginas se analizarán también sus efectos tanto personales como materiales, la disolución de la sociedad de gananciales, así como los criterios jurisprudenciales (tanto del Tribunal Supremo como jurisprudencia menor) y doctrinales más reseñables, utilizando para ello también artículos de revistas jurídicas. Todo ello en un contexto de constante evolución y reforma del Derecho de familia.

1.- EVOLUCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO DE LAS CRISIS MATRIMONIALES

1.1.-El divorcio con anterioridad a la Ley 15/2005.

El divorcio en nuestro país comenzó a regularse por primera vez en el año 1932, cincuenta años antes de la conocida Ley Ordóñez, tiempos de la Segunda República, momento en el que se dio paso a la aprobación por las Cortes, el 9 de diciembre de dicho año de una ley que abordó esta institución.

Hasta este momento, y de acuerdo con el artículo 52 del Código Civil de 1889, solo la muerte de uno de los cónyuges era razón para disolver el vínculo matrimonial, pues la mujer casada era considerada incapaz y únicamente podía actuar por representación de su marido.

Las razones que propugnaron tal aprobación fueron más que polémicas, pero atendiendo estrictamente a las jurídicas, esta ley fue un reflejo del artículo 43 de la Constitución Española de 1931, que establecía: *“La familia está bajo la salvaguardia especial del Estado. El matrimonio se funda en la igualdad de derechos para ambos sexos, y podrá disolverse por mutuo disenso o a petición de cualquiera de los cónyuges, con alegación en este caso de justa causa”*.

La citada ley siguió una línea muy progresista, adelantándose a la realidad de la sociedad española, dando lugar a un texto de los más avanzados de Europa, basándose en la aprobación del derecho al voto de las mujeres, unos meses atrás. Con ella se produjo uno de los hitos más importantes de nuestra historia, la disolución del vínculo civil y canónico, en contra de la ideología de la iglesia católica.

En palabras de RODRIGUEZ y SERRANO, *“dicha normativa contemplaba el divorcio bilateral, así como el instado por voluntad exclusiva de la mujer, posibilidades que o aparecían en cambio en otras legislaciones europeas de la época”*¹.

¹RODRIGUEZ SERRADOR, S., y SERRANO GARCIA, R., “El divorcio en Valladolid durante la Segunda República”, en *Revista electrónica Investigaciones históricas de época moderna y contemporánea*, nº39, 2019, pp. 592 y 616.

A pesar de que, como señalaba la Ley del Divorcio de 2 de marzo de 1932, las décadas precedentes intelectuales y juristas invocaban la urgencia de legislar sobre el divorcio, y de que diversos sectores feministas reivindicaron el mismo, su bajo número planteaba la posibilidad del freno que las costumbres sociales y el peso de la tradición católica podían suponer para recurrir a la normativa republicana en materia de divorcio.

Las causas de divorcio en este momento eran las recogidas en el artículo 3º de la citada Ley:

- 1.ª *El adulterio no consentido o no facilitado por el cónyuge que lo alegue.*
- 2.ª *La bigamia, sin perjuicio de la acción de nulidad que pueda ejercitar cualquiera de los cónyuges.²*
- 3.ª *La tentativa del marido para prostituir a su mujer y el conato del marido o de la mujer para corromper a sus hijos o prostituir a sus hijas y connivencia en su corrupción o prostitución.*
- 4.ª *El desamparo de la familia sin justificación.*
- 5.ª *El abandono culpable del cónyuge durante un año.*
- 6.ª *La ausencia del cónyuge cuando hayan transcurrido dos años desde la fecha de su declaración judicial, computada conforme al art. 186 del Código civil.*
- 7.ª *El atentado de un cónyuge contra la vida del otro, de los hijos comunes o los de uno de aquéllos, los malos tratamientos de obra y además, las injurias graves.*
- 8.ª *La violación de alguno de los deberes que impone matrimonio y la conducta inmoral o deshonrosa de uno de los cónyuges, que produzca tal perturbación en las relaciones matrimoniales, que hagan insoportable para el otro cónyuge la continuación de la vida común.*
- 9.ª *La enfermedad contagiosa y grave de carácter venéreo, contraída en relaciones sexuales fuera del matrimonio y después de su celebración, y la contraída antes que hubiera sido ocultada culposamente al otro cónyuge al tiempo de celebrarlo.*

10. La enfermedad grave de la que por presunción razonable haya de esperarse que en su desarrollo produzca incapacidad definitiva para el cumplimiento de algunos de los deberes matrimoniales, y la contagiosa, contraídas ambas antes del matrimonio y culposamente ocultadas al tiempo de celebrarlo.

11. La condena del cónyuge a pena de privación de libertad por tiempo superior a diez años.

12. La separación de hecho y en distinto domicilio, libremente consentida durante tres años.

13. La enajenación mental de uno de los cónyuges cuando impida su convivencia espiritual en términos gravemente perjudiciales para la familia y que excluya toda presunción racional de que aquélla pueda restablecerse definitivamente. No podrá decretarse el divorcio en virtud de esta causa si no queda asegurada la asistencia del enfermo.

Podemos observar que poco ha cambiado el panorama jurídico con respecto a la regulación actual, teniendo en cuenta que ahora no es requisito sine qua non, no es preciso alegar una causa para el divorcio, y en este momento todo era causa.

Tal y como recoge el artículo 4º de la citada ley, no podían los cónyuges ejercitar el derecho al divorcio si no habían transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio.

Cabe destacar que, si la causa alegada fuera la tercera, el culpable no podía volver a contraer matrimonio.

1.1.2.- Efectos en cuanto a los cónyuges

Regulados en los artículos 11 a 13 de la Ley del divorcio de 1932, se autorizaba a los cónyuges a contraer matrimonio, nuevamente entre sí o con terceras personas. De cara a este aspecto se tenía en cuenta la posición que ostentaba cada uno de los cónyuges, siendo uno de ellos el culpable y el otro la víctima, quedando el culpable facultado a contraer nuevo matrimonio únicamente transcurrido el plazo de un año desde la firmeza de la sentencia. Por su parte, para la mujer comenzaba a contar el plazo desde la diligencia judicial de la separación de los cónyuges.

1.1.2- Medidas sobre los hijos

Como era de esperar, lo primero que se establecía en esta sección segunda de la ley es que la disolución del matrimonio no eximía a los padres de sus obligaciones para con los hijos. Resultaba curioso el lenguaje que utilizaba esta ley, disponiendo “bajo el poder” de cuál de los cónyuges quedarían los sucesores, término que actualmente ya no se utiliza, pudiendo acordarse de mutuo acuerdo tal atribución, siempre con autorización judicial.

Tal poder consistía en la representación de los hijos menores y el usufructo y la administración de sus bienes.

En los casos en los que el cónyuge culpable quedaba inhabilitado, sería el inocente el que ejercería tal poder sobre los hijos, y en caso de que ambos cónyuges resultasen ser culpables, sería el juez el encargado de tomar la decisión del destino de los hijos. (Artículos 16 y 17).

Aunque sí se apreciaba una posición privilegiada de la madre, como ocurriría posteriormente en el 1981, al disponer el artículo 17 que *“si la sentencia no hubiere dispuesto otra cosa, la madre tendrá a su cuidado, en todo caso, los hijos menores de cinco años”*

Se permitían modificar las medidas judiciales, no a causa de haber contraído uno de los cónyuges una segunda o ulterior nupcia, salvo que el juez y a instancia de parte entiendan que procede tal modificación por motivos racionalmente justificados, y en todo caso cuando la nueva nupcia fuere contraída bajo cualquier género de comunidad de bienes.

1.1.3.- Cuestiones procesales

En este punto se aprecian, asimismo, multitud de similitudes con nuestra regulación actual. En este momento la pretensión de divorcio podía sustanciarse en un procedimiento por justa causa o de mutuo acuerdo. Se hacía una interesante consideración acerca del status de la mujer, permitiéndola el artículo 43 tener capacidad jurídica para regir su persona y sus bienes (sin poder enajenarlos ni gravarlos) mientras se substancie el juicio, una vez admitida la demanda.

Se seguían una serie de disposiciones adoptadas por el Juez de duración hasta la finalización del juicio que consistían en separar a los cónyuges, establecer el domicilio de la mujer, poner

a los menores de cinco años a disposición de la madre y los mayores de esa edad a cargo del padre, señalamiento de alimentos a la mujer e hijos a su cargo y dictar las medidas necesarias para evitar que el marido perjudicara a la mujer en la administración de sus bienes.

A pesar de la revolución que supuso esta ley en nuestro país, las reivindicaciones ejercidas por el sector católico y conservador del mismo se plasmaron con prontitud en normas jurídicas. La vigencia de la primera ley del divorcio duró únicamente hasta 1938, año en el que se aprobó el Decreto que suspendió todos los pleitos de separación o divorcio. El 23 de septiembre de 1939 se promulgó la ley que suprimía completamente este proceso aprobado durante la Segunda República, quedando anulada automáticamente cualquier sentencia de divorcio.

No fue hasta 42 años más tarde, concretamente en 1981, cuando se recuperó el derecho de extinguir legalmente el vínculo jurídico matrimonial a través de la ley 30/1981 del Divorcio, por la que se modificó la regulación del matrimonio en el Código Civil, al establecer, en su artículo 85, vigente en la actualidad, que: *“El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”*³. En ese momento, no se hacía distinción de la clase de matrimonio (si era canónico o civil) o la fecha de celebración del enlace.

La nueva regulación alumbraba dos medios para llevar a cabo el procedimiento de divorcio: el consensual, donde únicamente se necesitaba la voluntad de los cónyuges, y el contencioso, donde se exigía la conducta reprochable de uno de los cónyuges. En ambos casos se exigía un año de separación unilateral contando desde el momento en el que el tribunal acepta la separación.

La Ley 30/1981 abrió la posibilidad de poder decretar el divorcio tras dos años de separación de hecho en el caso de no presentar la demanda, o declaración de ausencia y cinco años de separación de facto, tal y como dispone su artículo 86.3: *“son causas de divorcio: el cese efectivo de la convivencia conyugal durante al menos dos años ininterrumpidos, y 86.4: “4.ª el cese efectivo de la convivencia conyugal durante el transcurso de al menos cinco años, a petición de cualquiera de los cónyuges.”*

³Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio

Además, el art 89 de la citada ley determinaba que *“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”* con el fin de no perjudicar a terceros, y tampoco responsabilizó a los cónyuges de la ruptura del vínculo matrimonial.

En palabras de PEREZ MARTIN *“el legislador optó por el llamado divorcio-remedio o divorcio sin culpa, en el que la intervención judicial en la concesión de la disolución del matrimonio se configura como una función simplemente constatadora de la existencia de la quiebra matrimonial”*⁴ .

1.2.-Regulación actual en el Código Civil.

Las relaciones matrimoniales y los procesos de separación y divorcio, en nuestro país, vienen regulados en el Código Civil. No obstante, los procedimientos de separación, divorcio o nulidad se encuentran contemplados en la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC). En la actualidad, la regulación del divorcio es fruto de la reforma de la Ley 15/2005 del Divorcio, que modificó ambas leyes, también conocida como la ley de los *“divorcios express”*.

Lo característico de esta ley, frente a sus precedentes, es que concibe el divorcio como una institución únicamente dependiente de la voluntad de los cónyuges, no siendo necesario alegar justa causa para que cualquiera de ellos pueda solicitarlo ni tampoco acreditar el cese efectivo de la convivencia conyugal.

Por ello, tras esta reforma, el divorcio se configura con abstracción de la causa, pues no existen tales desde ese momento, basta con comprobar que ha transcurrido el plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio para poder solicitarlo, bien a través de una propuesta de convenio regulador redactada conforme al art. 90 CC, o de una petición, presentada por uno de los cónyuges, de las medidas que se hayan de solicitar.

Así lo recoge la Exposición de Motivos de dicha ley cuando afirma, *“esta ley persigue ampliar el ámbito de libertad de los cónyuges en lo relativo al ejercicio de la facultad de solicitar la disolución de la relación matrimonial. Con este propósito, se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado*

⁴PEREZ MARTIN, A. J. , *El procedimiento contencioso de separación y divorcio*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1997, p.87.

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”.

Bien es cierto que este cambio no fue del todo apoyado por el Consejo General del Poder Judicial, que informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio de 27 de octubre de 2004 expresaba su disconformidad en distintos aspectos, especialmente por dos razones: *No es lo que rige en nuestro entorno jurídico y cultural al que pertenecemos ya que hemos visto que el divorcio unilateral sin causa es realmente excepcional y aceptado, y siempre con plazos” y “El plazo que se ha establecido supone el consagrar un divorcio unilateral que va mucho más lejos de lo previsto incluso en los dos países que lo admiten, pues se reduce considerablemente al fijarse en tres meses frente a los seis de Finlandia y Suecia⁵“.*

La Ley de Jurisdicción Voluntaria, además, permite que se sustente el divorcio ante Notario o Letrado de la Administración de Justicia, siempre que no haya hijos menores o incapacitados de por medio y aquel sea de mutuo acuerdo.

Centrándonos más a fondo en la regulación del Código Civil, con esta ley quedaron derogados los artículos 68, 81, 86, 92 y 97.

Las normas que regulan la extinción del matrimonio son de *ius cogens* o imperativas, es decir, que sólo se podrían aplicar a través de una intervención judicial. Pero este carácter no tiene siempre la misma intensidad, como ya hemos establecido, el divorcio puede sustentarse por voluntad de los cónyuges y no siempre es necesario ese procedimiento judicial. A estas normas acompañan otras de carácter dispositivo como por ejemplo de la pensión compensatoria.

El Código Civil dedica al divorcio el Capítulo VIII, “De la disolución del matrimonio” que comprende los artículos 85 a 89. Dispone el primero de los citados preceptos que *“El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio.*

⁵ CGPJ, “Informe al Anteproyecto de Ley de modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio” de 27 de octubre de 2004, p.14 .

Por tanto, como dice SILLERO CROVETTO, *las causas de disolución del matrimonio operan tanto si el matrimonio se ha celebrado en forma civil como religiosa, y se aplica con independencia de que el matrimonio se haya celebrado antes o después de la entrada en vigor de la Ley 30/1981, que fue la ley que da al art. 85 CC su actual redacción*⁶.

Sin embargo, no debemos perder de vista que el artículo 80 del Código Civil permite que, para los casos de matrimonio rato y no consumado, tenga efectos civiles la disolución del matrimonio canónico conforme a las normas canónicas.

El artículo 86 CC regula lo relativo a la legitimación para interponer la acción de divorcio, ostentada por los cónyuges, si bien estará también legitimado para interponerla el representante legal, en caso de que alguno de ellos tuviera la capacidad judicialmente modificada, tal y como establece nuestro ⁷Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de septiembre de 2011, *“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"*.

Por su parte, el artículo 88 del Código Civil recoge las causas que extinguen la acción del divorcio, que son: la muerte de cualquiera de los cónyuges y una reconciliación expresa, por lo que sea cual fuere la fase en la que se encontrase el procedimiento, la acción quedará extinguida en esos casos. En el primero al tratarse de una acción personalísima, y por ello intransmisible a los herederos del cónyuge premuerto.

En el segundo supuesto –reconciliación–, pueden darse tres hipótesis: a) que la reconciliación tenga lugar antes de la interposición de la demanda de divorcio, b) después de interponer la demanda de divorcio, pero antes de que haya una sentencia firme, para lo que se exige una reconciliación expresa, y c) por último, que la reconciliación sea posterior a la sentencia firme, en cuyo caso aquella carece de efectos, si bien se permite, en consonancia, con el artículo 84 CC, que los divorciados puedan contraer entre sí de nuevo matrimonio.

⁶ SILLERO CROVETTO, B., *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Editorial Juruá, Lisboa, 2014, p. 71.

⁷ Sentencia 625/2011 del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:5855.

El artículo 89 CC, en último lugar, contempla los efectos del divorcio, que se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87 del mismo texto legal.

No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil.

2.- DIFERENCIA ENTRE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

Con carácter previo, resulta conveniente dar una definición de “crisis matrimoniales”. En palabras de los autores ALVAREZ, BLANDINO Y SANCHEZ, con tal expresión, “*se quiere denominar a las formas de solución de los conflictos matrimoniales, englobando la nulidad, separación y divorcio*”⁸.

El aspecto común a estas tres instituciones es la ineficacia del vínculo matrimonial, llegándose a ella bien invalidando el mismo, desde el momento de su celebración, que sería el caso de la nulidad, o bien dejándolo sin efecto de forma sobrevinida.

Es decir, por un lado, se entiende como nulidad la declaración judicial de toda ineficacia del matrimonio. Dicha declaración invalida “ex tunc” los efectos del negocio jurídico matrimonial debido a una causa existente en el momento de la unión (como por ejemplo la falta de consentimiento o defecto de forma), privándole “ab initio” de toda eficacia jurídica.

Es decir, los efectos de la nulidad matrimonial son retroactivos al momento de la celebración del matrimonio, de tal forma que cuando un matrimonio es nulo podría decirse que es como si nunca hubiera existido válidamente.

Por otro lado, la separación y el divorcio dejan sin efectos el vínculo matrimonial con efectos “ex nunc” desde el momento en el que la resolución que lo declare adquiera firmeza. La diferencia fundamental entre ellas es la permanencia del vínculo matrimonial. En la

⁸ ALVAREZ, BLANDINO y SANCHEZ, *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, (2016): *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio* 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p.33.

separación los efectos del matrimonio quedan en suspenso, es una ineficacia temporal, pero no llega a desaparecer, quedando meramente interrumpida la convivencia.

Tal vínculo sin embargo sí desaparece completamente tras la firmeza de la resolución del divorcio, nunca de forma retroactiva. Es decir, es se produce la extinción total de los efectos del matrimonio por causas posteriores a su celebración, lo cual se establece con claridad en el artículo 89 del CC, “*Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87*”.

3.- EL DIVORCIO

3.1.- Concepto y normativa aplicable

Existen varios conceptos sobre el divorcio, al no ofrecer el Código Civil ninguna definición sobre el mismo. Sin embargo, a pesar de ello, no existe demasiada controversia doctrinal acerca de las definiciones existentes.

La Real Academia Española nos da un concepto del verbo “divorciar” como dicho de un juez competente: Disolver o separar, por sentencia, el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal.

Según los autores ALVAREZ, BLANDINO y SÁNCHEZ⁹, el divorcio es una causa de disolución de un matrimonio válidamente celebrado en virtud de una sentencia, un decreto o una escritura pública ante Notario.

Este concepto de matrimonio nos da la pista de que no es válido el divorcio de hecho, criterio ya instaurado en nuestro país desde la Ley 30/1981 en el que se establece la sentencia como requisito *sine qua non* de la disolución del matrimonio por divorcio

⁹ ALVAREZ, BLANDINO y SÁNCHEZ, (2016): *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio* 2ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p.146.

Para SILLERO CROVETTO, se trataría de una institución legal que permite la disolución del matrimonio en vida de ambos cónyuges, quedando liberados los cónyuges para contraer nuevo matrimonio¹⁰.

Sin embargo, para SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, *“el divorcio provoca la ineficacia del matrimonio válido y eficaz. Los cónyuges ponen fin a su matrimonio a través de un procedimiento judicial y la correspondiente sentencia. La mera voluntad de los cónyuges no basta para producir la disolución del matrimonio, sino que se requiere en todo caso que el divorcio sea declarado por una sentencia judicial”*¹¹

Cabe destacar también que el artículo 32 de la Constitución Española, hace un llamamiento al legislador a regular el matrimonio y los derechos y deberes de los cónyuges, así como las causas de separación y disolución y sus efectos con plena igualdad jurídica, al configurar al derecho a contraer matrimonio como un derecho Constitucional¹².

Además de la regulación en el Código Civil a la que hemos hecho mención, resultan de importancia los artículos 770 y 777 de la LEC, que regulan respectivamente un proceso contencioso que será necesario seguir cuando se trate de un divorcio sin acuerdo entre las partes, centrándose la disputa en los efectos y medidas que deriven de la extinción del vínculo, y el segundo de ellos se sigue cuando, existiendo un acuerdo entre las partes, se deben adoptar medidas sobre los hijos menores o incapacitados, o bien ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario como en las siguientes líneas analizaremos.

En este punto podría surgir la duda de si es posible declarar el divorcio de un matrimonio canónico. La respuesta es afirmativa, quedando disuelto el vínculo matrimonial civil, pero se mantendría el vínculo canónico, para cuya extinción se debe alegar alguna de las causas de nulidad presentes a través de un juicio ante el Tribunal eclesiástico competente, teniendo en cuenta que ¹³*“la nulidad actúa únicamente sobre la celebración y nunca sobre cuestiones que se refieran a la comunidad de toda la vida. El canon preceptúa que se presume válido “el acto jurídico debidamente*

¹⁰ SILLERO CROVETTO, B., *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Editorial Juruá, Lisboa, 2014, p. 73.

¹¹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “la modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por ley 15/2005”, *Revista electrónica de la Universidad de Murcia* n°23, 2005, p. 131.

¹² Sentencia 184/1990 del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre.

¹³ PEREZ TORTOSA, F., “Proceso y nulidad matrimonial Canónica”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, número 6, volumen I, marzo de 201, p. 155.

realizado en cuanto a sus elementos externos”, que significa que el matrimonio celebrado sin vicios externos tiene una validez aparente y produce los efectos correspondientes aun cuando uno o los dos contrayentes hayan actuado de mala fe”

Debemos señalar en último lugar la excepción al requisito temporal del transcurso mínimo de tres meses para poder ejercer la acción de divorcio. Este periodo podemos entenderlo como la voluntad del legislador de que exista un periodo de reflexión sobre las repercusiones de la extinción del vínculo, por ejemplo, para los hijos, así como para la posibilidad de entre los cónyuges medie una reconciliación.

Tal excepción se recoge en el artículo 81.2 del CC: *“No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio.”* Es decir, hay que esgrimir un conflicto para que sea posible interponer la demanda.

Se introduce esta dispensa del requisito temporal puesto que se entiende que cuando se dan las circunstancias del artículo 81.2 CC se ha interrumpido la convivencia entre los cónyuges por el interés de la unidad familiar,¹⁴ *“presumiéndose iure et de iure que dicho interés concurre en los casos de denuncia por malos tratos interpuesta por uno sólo de los cónyuges frente al otro, o sobre los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio”*.

Es este por tanto el único requisito, no como antes de la reforma de 2005 en la que se exigía acreditar el cese efectivo de la convivencia conyugal, actualmente no es necesario que los cónyuges vivan por separado.

3.2.- Clases

3.2.1- Divorcio declarado por el Juez

Tras la reforma de la Ley 15/2015 de Jurisdicción Voluntaria, se otorga al juez la competencia de conocer y decretar el divorcio en todo caso cuando es contencioso y en el caso de que haya mutuo acuerdo cuando los hijos tengan la capacidad judicialmente modificada (lo que

¹⁴ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., op. cit., p.136.

anteriormente se denominaba incapacitados) o sean menores y no emancipados. Esto se encuentra recogido en los artículos 81 y 86 CC.

Podríamos decir que es el divorcio que decreta el Juez tras ser instado por los cónyuges, y se establece mediante sentencia judicial.

3.2.2- El divorcio por decreto del Letrado de la Administración de Justicia

Podrá acordarse este tipo de divorcio ante el Letrado de la Administración de Justicia cuando no existan hijos menores no emancipados o hijos con la capacidad judicialmente modificada y fuera de mutuo acuerdo. Esto se encuentra recogido en el artículo 87 CC. Es decir, la petición debe presentarse de tal forma por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro.

En este caso será el Letrado quien asuma la competencia para pronunciarse sobre el divorcio y el correspondiente convenio regulador. Lo mismo sucederá en los supuestos en los que haya acuerdo entre ambos cónyuges, no tengan hijos menores de edad, y los mismos presenten solicitud de divorcio ante el Juzgado competente.

El procedimiento a seguir es el que se recoge en el artículo 777.1 de la LEC.

Una vez transcurridos los tres meses desde la celebración del matrimonio, los cónyuges, asimismo, deberán ratificar la solicitud de divorcio ante el Letrado de la Administración de Justicia e, inmediatamente después, este dictará decreto pronunciándose sobre el convenio regulador, tal y como se establece en el artículo 777.10 LEC.

El decreto que formalice la propuesta de convenio regulador declarará el divorcio entre los cónyuges. Aunque como recoge este último precepto citado, podría dictarse un decreto que no formalice el convenio regulador, si el Letrado considerase que, a su juicio, alguno de los acuerdos del convenio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el procedimiento.

En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador. El decreto no será recurrible.

3.2.1- El divorcio mediante escritura pública

Los cónyuges podrán acudir al notario para instar el divorcio de mutuo acuerdo otorgando escritura pública cuando no existan hijos menores o con la capacidad judicialmente modificada, en virtud de la reforma de la Ley 15/2015 de la Jurisdicción Voluntaria anteriormente citada.

La competencia para este tipo de divorcio se otorga por el legislador únicamente al Notario, quedando fuera de la misma los funcionarios diplomáticos o consulares.

Sobre este particular, RODRÍGUEZ ADRADOS decía que, *“durante más de un siglo, las leyes notariales de los diversos países, siguiendo a la francesa, definieron o describieron a los notarios solamente por su función pública. Esa función pública de notario viene designada con dos expresiones diferentes, autenticidad y fe pública¹⁵”*.

Según GUILLERMO CERDEIRA, hay unas cuantas razones, con justificación constitucional, que apoyan el divorcio notarial, y no como base en la privatización del mismo. En primer lugar, la exigencia de libertad del artículo 1.1 de la CE. *“la actual LJV no ha hecho más que llevar esa equiparación de libertades a sus últimas consecuencias”* En segundo lugar, las exigencias de agilidad y celeridad en el divorcio amistoso y la conveniente descongestión en la función judicial. En tercer lugar, la conformidad del divorcio notarial con la exigencia de un control heterocompositivo y público de legalidad y justicia, y su conformidad con la seguridad jurídica (arts 9.3 y 10.1 CE). En cuarto lugar, argumenta que la homologación en el divorcio convencional es un acto de jurisdicción voluntaria, no estrictamente jurisdiccional de “juzgar y hacer cumplir lo juzgado” (arts 4, 24 y 117.3 CE), y , por último, CERDEIRA destaca la necesaria protección de los hijos (art. 39 CE) y el posible exceso de celo contenido en la LJV *“la intervención del notario como autoridad pública satisfaría la exigencia constitucional (del art. 39 CE) de que los Poderes Públicos protejan a los hijos por razones de justicia”* (...) *“además, en general,*

¹⁵ RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “Los componentes públicos de la función notarial”, *Revista Jurídica del Notariado*, nº25, enero-marzo, 1997, p. 143.

es deber del notario proteger, velar por los intereses de la parte más débil del negocio del que da fe pública (arts 1 y 147 RN), como, en nuestro caso, sería el convenio regulador, en que los hijos, si bien no son parte en sentido estricto, en cuanto parte negociadora, son terceros directamente por aquél afectados”¹⁶.

Advierten GARCÍA PÉREZ y DÍAZ PITA sobre el “*inexistente control para evitar la duplicidad, simultánea o sucesiva, procedimental (notarial o judicial)*”. “*no se haya arbitrado en la LJV procedimientos tendentes a evitar que una misma separación o divorcio pueda tramitarse simultánea o sucesivamente ante distintos notarios*¹⁷”

El artículo 1 del Reglamento Notarial dispone que “*Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado. Como funcionarios ejercen la fe pública notarial, que tiene y ampara un doble contenido: a) en la esfera de los hechos, la exactitud de los que el notario ve, oye o percibe por sus sentidos y b) en la esfera del Derecho, la autenticidad y fuerza probatoria de las declaraciones de voluntad de las partes en el instrumento público redactado conforme a las leyes.*”¹⁸

La regulación del divorcio ante notario es decididamente escasa, quedando reducida a los artículos 82 y 87 del Código Civil, el artículo 61 LRC y 54 de la Ley del Notariado.

Dice el artículo 87 del CC: “*Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él*”. Aunque, también, contemplan el divorcio mediante escritura pública otros muchos preceptos del Código Civil cuando se refieren de manera conjunta a aquel y al divorcio de mutuo acuerdo ante el órgano judicial.

El resto de cuestiones referentes a los efectos personales y patrimoniales vienen regulados en los artículos 90 y siguientes del Código civil, textualmente los mismos que los que rigen los divorcios de mutuo acuerdo tramitados en sede judicial.

¹⁶CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA,G., *Separaciones y divorcios ante notario*”, 1ª Edición Reus S.A., Madrid, 2016, pp.52-78.

¹⁷ GARCÍA PÉREZ y DÍAZ PITA, *Separaciones y divorcios ante notario*, 2º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016,” p. 106.

¹⁸ Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.

El hecho de que el divorcio de mutuo acuerdo pueda formalizarse ante Notario trae consigo que el legislador no haya previsto un procedimiento de jurisdicción voluntaria “*ad hoc*”, sino que al mismo le serán de aplicación las normas contenidas en la legislación notarial en materia de autorización de escrituras públicas.

Bien es cierto que este asunto es bastante controvertido, especialmente la opinión de que el hecho de que un notario tenga competencia para disolver un matrimonio por divorcio sirva para descongestionar los Juzgados, pues en nuestro país el porcentaje de divorcios de mutuo acuerdo en los que no existen hijos es muy pequeño. Además, en el momento en que el matrimonio tenga hijos menores de edad será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, tal y como establece el art. 749.4 LEC, cuyas funciones no pueden ser asumidas por un Fedatario Público.

Por último, en cuanto a la atribución de competencia territorial al Notario, hay que tener en cuenta que no cualquier notario es competente para autorizar la escritura pública de divorcio, sino que debe tener cierta conexión en términos territoriales con los cónyuges, como ocurre en otras situaciones como la competencia por razón del territorio del notario para las actas de notoriedad en la declaración de herederos *ab intestato*.

Estos criterios por razón del territorio para la competencia del notario se recogen en el art. 54.1 de la LN: “*los cónyuges deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes*”.

Explica GUILLERMO CERDEIRA que “*el señalamiento de criterios de competencia territorial supone una restricción al derecho a la libre elección del notario por parte de los requirentes del servicio notarial, principio fundamental e inspirador de nuestra legislación notarial y que aparece proclamado en el artículo 3.2 del RN, del que se deduce que no caben más restricciones a este fundamental principio que las expresamente previstas en nuestro ordenamiento jurídico*”. Lo que significa que, si en la localidad o demarcación existiera más de una notaría, la competencia para conocer del asunto correspondería a la notaría de libre elección por los cónyuges¹⁹.

¹⁹ CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “*Separaciones y divorcios ante notario*”, 1ª Edición, Reus S.A. Madrid, 2016, p. 111.

4.- EL TRÁMITE VÍA JUDICIAL DE UN PROCESO DE DIVORCIO

La jurisdicción constituye una potestad jurisdiccional ejercida exclusiva y excluyentemente por tribunales independientes, previos y legalmente establecidos, y dirigida esta función a la satisfacción de los intereses jurídicos socialmente relevantes. Según el artículo 9.2 de la LOPJ, *“los tribunales y juzgados del orden civil conocerán además de las materias que le son propias, de todas aquellas que no estén atribuidas a otro orden jurisdiccional”, quedando así determinada la competencia genérica civil”*.

A través del criterio de determinación de la competencia objetiva se determina cuál es el órgano que debe conocer de en primera instancia en razón del objeto del proceso. Siguiendo este criterio, a los Juzgados de Primera Instancia (JPI) se les atribuye de manera general la competencia objetiva, de acuerdo con los artículos 85 de la LOPJ y 45 de la LEC. Este último dispone que corresponde a los JPI los asuntos civiles que por disposición legal o expresa no se hallen atribuidos a otros tribunales. Los juzgados de familia son una especialidad de los juzgados de primera instancia.

El demandado podrá ejercer la potestad de control de la competencia objetiva a instancia de parte denunciando la falta de la misma mediante la declinatoria, de acuerdo con el artículo 49 de la LEC.

Debe también ponerse de manifiesto que la creación de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer dio lugar a la modificación de la competencia objetiva en materia de procesos matrimoniales, que entonces estaba atribuida a los Juzgados de Primera Instancia. La Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, determina que estos Juzgados conocerán de la instrucción y fallo de las causas penales en materia de violencia sobre la mujer, cuya competencia territorial vendrá determinada por el lugar de domicilio de la víctima, con exclusión de cualquier otro.

El artículo 49 bis de la LEC impone al Juez de Violencia sobre la Mujer, cuando esté conociendo de una causa penal por violencia de género y tenga conocimiento de la existencia de un procedimiento civil de índole matrimonial o familiar, el deber de inhibición al Juzgado de Primera Instancia.

Una vez determinada la competencia objetiva (y funcional, que según el artículo 61 de la LEC el tribunal que tenga competencia para conocer de un pleito, la tendrá también para resolver sus incidencias, para llevar a cabo los autos y providencias que dictare y para la ejecución de la sentencia o convenios y transacciones que aprobare) el último criterio para poder fijar con exactitud ante que órgano jurisdiccional habrá de iniciarse el proceso es el territorial. Para la determinación de este tipo de competencia habrá que acudir a una serie de reglas que, tradicionalmente, se denominan fueros.

Los fueros tienen relación bien con la voluntad de las partes, bien con el objeto litigioso, o bien con la persona del demandante, y pueden ser: convencionales (establecidos por la voluntad de las partes de forma expresa o tácita) o legales (fijados por la ley, siendo a su vez bien imperativos o bien supletorios).

En la materia que nos ocupa, el artículo 22 quáter c) de la LOPJ dispone que *“En materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, siempre que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española.”*

El artículo 769 de la LEC establece los fueros que han de ser observados para determinar la competencia territorial, distinguiéndose si se trata de un procedimiento contencioso o de mutuo acuerdo. En primer lugar, para los procedimientos contenciosos de separación, si residen los cónyuges en el mismo partido judicial, la competencia territorial se atribuye al Juzgado de Primera Instancia del lugar del domicilio conyugal. En el caso de que los cónyuges residan en distintos partidos judiciales, ostentará la competencia el tribunal competente, elegido por el demandante, del último domicilio del matrimonio o el de residencia del demandado. Si los cónyuges no tuvieran domicilio ni residencia fijos, el demandante podrá optar por interponer la demanda ante los Juzgados de Primera Instancia del lugar en que se hallen o en el de su última residencia.

Si no pudiera determinarse la competencia por ninguno de los criterios anteriores, corresponderá la competencia territorial al lugar del domicilio del actor.

En segundo lugar, si se trata de un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo, será competente el Juzgado del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes.

Pero, ¿qué entendemos por domicilio? El concepto constitucional de domicilio es más amplio que el civil y el administrativo, y “no admite concepciones reduccionistas, como la analizada, que lo equiparan al concepto jurídico-penal de morada habitual o habitación”, tal y como dispone el Tribunal Constitucional en su sentencia de 31 de mayo de 1999²⁰.

Es un concepto que no plantea pocos problemas, pues la idea del domicilio que aparece en el artículo 18 de la CE no coincide con la que recoge el Código Civil en su artículo 40: “*Para el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de las obligaciones civiles, el domicilio de las personas naturales es el lugar de su residencia habitual, y, en su caso, el que determine la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

La doctrina de nuestro Tribunal Supremo establece que “*el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental. Postura con la que también coincide el Tribunal Constitucional, resaltando también el carácter de base material de la privacidad*”²¹. Es decir, el Alto Tribunal considera que el domicilio real de una persona es el lugar de su residencia habitual. Por tanto, no basta la presencia física en un determinado lugar, sino que, además, hace falta, la intención de permanecer en él, *animus manendi*.

Por su parte, la Audiencia Provincial de Málaga, sobre este particular, señala que “*la residencia habitual común de los cónyuges es una noción de hecho que constituye una circunstancia objetiva que determina el lugar donde los consortes poseen su centro de vida familiar o donde residen intencionadamente y echan raíces familiares económicas*”²².

²⁰ Sentencia 94/1999 del Tribunal Constitucional, de 31 de mayo de 1999

²¹ Sentencia 1108/1999 del Tribunal Supremo, de 6 de septiembre de 1999

²² SAP de Málaga, Sección 5ª, de 30 de enero de 2006

Como hemos ido analizando, en esta materia podemos distinguir entre el divorcio de mutuo acuerdo y el divorcio contencioso.

Acerca del primer tipo de divorcio SONIA CALAZA LÓPEZ afirma que, “*el procedimiento de separación o divorcio consensual es aquel en el que no existe desavenencia, discordia, ni confrontación alguna entre los cónyuges, de suerte que ambos prestan su consentimiento para la constitución judicial de la separación o, en su caso, del divorcio*”²³

En este divorcio se requiere la voluntad de ambos cónyuges de romper el vínculo matrimonial y que así se haga la solicitud al juzgado, tras el periodo de tres meses desde la nupcia. Esta es la única forma de obtener el divorcio cuando es de mutuo acuerdo y existen hijos menores no emancipados o con la capacidad judicialmente modificada.

Pueden ser ambos cónyuges los que presenten la solicitud o uno de ellos *ex consensu* del otro, y que exista además una propuesta de convenio regulador.

La LEC contiene en su artículo 777 un proceso especial y específico para regular la separación y el divorcio consensuales.

Por el contrario, en el divorcio contencioso es unilateralmente uno de los cónyuges el que *motu proprio* solicita el divorcio sin que exista consenso entre las partes, también a los tres meses de la nupcia.

Solamente el Juez tiene competencia para decretar el divorcio contencioso, quedando fuera de la misma tanto el Notario como el Letrado de la Administración de Justicia.

Podríamos preguntarnos si es necesario, como ocurría en tiempos pasados, acudir previamente a la separación judicial antes de instar el divorcio. La respuesta es negativa, siendo la separación y el divorcio desde la reforma del 2005 dos opciones excluyentes e independientes para los cónyuges, y tal y como se recoge en la Exposición de Motivos de la misma “*se pretende evitar la situación actual que, en muchos casos conlleva un doble procedimiento, para lo*

²³ CALAZA LÓPEZ, S., “El proceso consensual de separación y divorcio”, *Revista de derecho UNED*, núm. 5, 2009.

cual se admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o la judicial, con un importante aborro de coste a las partes, tanto económico, como, sobretodo, personal²⁴

También ha sido objeto de debate si la sentencia de divorcio debe siempre aceptar las medidas tomadas en la separación o, por el contrario, pueden producirse efectos distintos cuando las circunstancias han cambiado y sean inútiles las anteriores medidas.

Pues bien, en opinión de ALVAREZ, BLANDINO y SÁNCHEZ , *“el divorcio es una situación nueva que puede dar lugar a unos efectos distintos a la separación, derivados de su propia naturaleza extintiva del matrimonio, tal como establece el artículo 86 CC. Por ello, como indica el Alto Tribunal, se va a exigir que se pida la ratificación de las anteriores medidas, ya que, de otro modo, deberían plantearse de nuevo todas y cada una de ellas²⁵”*

4.1.- Tramitación procesal del divorcio de mutuo acuerdo:

De acuerdo con el artículo 86 del CC, para que proceda el divorcio de mutuo acuerdo deben haber transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio, y consiste a modo de síntesis en la presentación de la demanda y un acuerdo de divorcio de mutuo acuerdo ante los Juzgados de familia.

Resulta curioso pero cierto que los cónyuges puedan ser asistidos por el mismo abogado en estos procedimientos de mutuo acuerdo, en arreglo al artículo 750.2 de la LEC: *“en los procedimientos de separación o divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges, éstos podrán valerse de una sola defensa y representación”*

No obstante, cuando alguno de los pactos propuestos por los cónyuges no fuera aprobado por el Tribunal, el Letrado de la Administración de Justicia requerirá a las partes a fin de que en el plazo de cinco días manifiesten si desean continuar con la defensa y representación únicas o si, por el contrario, prefieren litigar cada una con su propia defensa y representación. Asimismo, cuando, a pesar del acuerdo suscrito por las partes y homologado por el Tribunal, una de las partes pida la ejecución judicial de dicho acuerdo, el Letrado

²⁴ Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

²⁵ ALVAREZ, BLANDINO y SÁNCHEZ, : *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio* 2º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pág 151

de la Administración de Justicia requerirá a la otra para que nombre abogado y procurador que la defienda y represente.

El proceso específico que regula el divorcio de mutuo acuerdo o consensual está regulado en el artículo 777 de la LEC, así como otras peticiones relativas a los efectos y medidas que se deben producir o regular con ocasión del divorcio, cuando entre los litigantes exista acuerdo en los aspectos que planteen.

Teniendo en cuenta que, aunque las partes actúan con libertad y ostenten la facultad de disponer de su matrimonio por ser una cuestión de *ius cogens*, el interés público está presente y de protegerlo se encargarán tanto el Juez como el Ministerio Fiscal (que es de presencia obligatoria en este procedimiento).

En palabras de RODRÍGUEZ DÍAZ “*bajo el control judicial la declaración de separación o divorcio cuando existan hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, que dependan de sus progenitores es continuación del reconocimiento por el legislador, de que se trata de una materia de derecho público, amparada procesalmente por el principio inquisitivo, permitiendo la intervención del Ministerio Fiscal en defensa del interés superior de menores y personas con incapacidad*”²⁶.

Además, la protección de la familia y los hijos es una exigencia constitucional, que atribuye el deber de velar por ellos a los poderes públicos en el artículo 39 CE.

También ha sido discutida la naturaleza de este proceso, pues podría considerarse un expediente de jurisdicción voluntaria por no existir contradicción, pero no deja de ser un proceso especial regulado en la LEC, pudiendo ser en tal caso considerado un proceso de jurisdicción contenciosa. VILALTA y MÉNDEZ consideran que según la doctrina “*se trata de un proceso similar a la anterior regulación de la Ley 30/1981, su naturaleza responde a la de un expediente de jurisdicción voluntaria de naturaleza constitutiva en el que la intervención del juez se limita a la aprobación o rechazo de los acuerdos previamente adoptados por las partes*”²⁷.

²⁶ RODRÍGUEZ DÍAZ ,E., “El divorcio notarial en España (perspectiva de Derecho Comparado y problemática de la actual regulación)”, *Revista Jurídica de Asturias* nº41, 2018, p.73.

²⁷ VILALTA y MÉNDEZ, *Divorcio de mutuo acuerdo*, segunda edición, Editorial Bosch S.A, Barcelona 2000, p.15.

EL CONVENIO REGULADOR DEL ARTÍCULO 90 DEL CÓDIGO CIVIL

La Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia de 1 de enero de 2004, define el convenio regulador como un negocio jurídico familiar de carácter mixto por intervenir los particulares y la autoridad pública, que tiene como finalidad regular los efectos de las situaciones de crisis de matrimonio; su función es facilitar a los cónyuges un vehículo para manifestar su voluntad en los casos en que exista acuerdo sobre los mencionados efectos y por ello su presentación es un requisito indispensable en los supuestos de separación y divorcio tramitados por mutuo acuerdo o por iniciativa de un cónyuge por consentimiento del otro²⁸.

Este convenio regulador es preceptivo únicamente en los supuestos de divorcio de mutuo acuerdo, constituyendo uno de los requisitos para la admisión a trámite de la solicitud, y en caso contrario, la inadmisión de la misma. De todas formas, se trata de un defecto procesal subsanable, debiendo el Tribunal competente conceder a las partes un plazo para subsanar dicho defecto.

Asimismo, es preceptivo para los expedientes que se tramiten ante el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario. Del mismo modo, se viene exigiendo la presentación del convenio regulador cuando, habiendo sido solicitado el divorcio por una de las partes, los cónyuges pidan que se continúe el procedimiento por los trámites de mutuo acuerdo, es decir, siguiendo el cauce establecido en el art. 777 de la LEC.

En este caso, en palabras de ALVAREZ, BLANDINO Y SANCHEZ el convenio debe acompañar necesariamente a la demanda en los supuestos de divorcio de mutuo acuerdo, aunque *más que de demanda debería hablarse de solicitud o petición, pues de acuerdo con la más reciente doctrina y orientación legislativa, no se está ante un verdadero proceso sino ante un expediente de jurisdicción voluntaria*. A estos términos se refiere concretamente el artículo 777 de la LEC²⁹.

En cuanto a los aspectos formales del documento, rige el principio de libertad de forma del artículo 1278 CC, pero debe constar por escrito al deber acompañarse a la demanda.

²⁸ SAP de Madrid de 9 de enero de 2004, 9/2004 - ECLI:ES:APM:2004:9

²⁹ ALVAREZ, BLANDINO Y SANCHEZ, *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio* 2ª edición. Valencia, 2016, Tirant lo Blanch, p.217.

La naturaleza jurídica del mismo la precisa nuestro Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de diciembre de 1998, determinando que “*debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, expresión del principio de autonomía privada que, como tal convenio regulador, requiere la aprobación judicial, como conditio iuris, determinante de su eficacia jurídica*”. El convenio regulador aprobado judicialmente queda integrado en la resolución judicial, con toda la eficacia procesal que eso conlleva³⁰.

Entre otros efectos de la validación judicial surge el de la eficacia del convenio desde la firma del mismo, y con ella, la exigibilidad entre las partes.

El contenido mínimo obligatorio del convenio regulador está señalado en el artículo 90 del Código Civil, debiendo atender a:

a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.

c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

Dicho contenido no constituye un numerus clausus, sino que las partes pueden introducir acuerdos en el convenio regulador sobre cuestiones diferentes siempre que no contravengan a la ley, la moral o el orden público. Si así se hiciera, únicamente serían vinculantes estos acuerdos entre las partes.

Incluso podría darse el caso en el que el convenio regulador sustituyera las medidas provisionales que durante la tramitación del pleito de divorcio adoptase el Juez cuando el

³⁰ STS 325/1997, 22 de abril de 1997.

procedimiento fuera reconducido a mutuo acuerdo, supuesto previsto en el artículo 770 de la LEC.

Además, en palabras del ³¹Tribunal Supremo en Sentencia de 21 de diciembre de 1998, *ello no impide que al margen del convenio regulador, los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio, ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio, a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente*³².

De conformidad con los artículos 81, 86 y 90 del CC, así como del art. 777 LEC, será preceptivo que el Juez apruebe dicho convenio cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente.

En la Sentencia de 1998 citada, el Alto Tribunal reitera que la aprobación judicial de convenio regulador es un requisito sine qua non determinante en su eficacia jurídica, *siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código un requisito o "conditio iuris" de eficacia del convenio regulador, no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia.*

En el caso de que el Juez denegase el convenio, es necesario otorgar a las partes un plazo para que efectúen una nueva propuesta. En el procedimiento de mutuo acuerdo que nos ocupa, concretamente será de diez días. No obstante, una vez ya se ha ofrecido a las partes la posibilidad de modificar el convenio, en el caso de que no lo hicieren o la nueva propuesta incluya acuerdos dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges, podrá entonces el Juez suplir las carencias del convenio en atención a los intereses familiares del caso concreto.

4.1.1- Con hijos menores

³¹ Sentencia 1183/1998 del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 1998

³² Sentencia 1183/1998 del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 1998

La LEC exige con carácter general que las partes actúen defendidas por Abogado y representadas por Procurador. Con carácter excepcional se prevé la posibilidad de que en el procedimiento de mutuo acuerdo, las partes puedan valerse de una misma defensa y representación. No obstante, si las partes lo desean, pueden acudir al procedimiento acompañadas de estos profesionales.

El artículo 777.1 de la LEC trata el comienzo del procedimiento, a través de una petición escrita, conjuntamente presentada de común acuerdo por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. Se indicará también el domicilio conyugal y la fecha y el lugar de celebración del matrimonio. (Este último dato es de interés para verificar que han transcurrido tres meses desde la celebración del enlace).

En el párrafo segundo del citado artículo se enumeran los documentos que deben adjuntarse a la solicitud, que son la certificación de la inscripción del matrimonio, la certificación de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, la propuesta de convenio regulador, y los documentos en los que el cónyuge o cónyuges funden su derecho.

Será necesario también expresar la fecha de nacimiento de los hijos nacidos del matrimonio, así como las circunstancias en las que se encuentren, referidas a su capacidad, situación económica e independencia de los padres. En el caso de que haya hijos menores o incapaces, debe incluirse el régimen del artículo 90 CC, acerca de patria potestad, custodia, régimen de visitas...

Esta petición deberá reflejar con claridad el ánimo de obtener una declaración de divorcio matrimonial con la consecuente aprobación del convenio regulador que se adjunta, y en su caso de las medidas necesarias. También podrá incluir el documento la proposición de prueba que fuere oportuna.

La admisión a trámite de la solicitud corresponde primeramente al Letrado de la Administración de Justicia, que dictará decreto en su caso. Si el Letrado considera que no procede la admisión a trámite de la demanda, será competencia del juez pronunciarse a través de auto dictando la admisión de la misma.

La inadmisión a trámite puede darse por diversas causas, tales como la falta de competencia territorial, de jurisdicción, de competencia internacional o de competencia objetiva, o por no aportación de elementos esenciales a los que antes hacíamos referencia. El Juez de Primera Instancia tiene el deber de vigilar si es competente o no territorialmente, “examinando de oficio su competencia”, tal y como establece el artículo 769.4 LEC.

Admitida la solicitud de divorcio, los cónyuges serán citados por el Letrado de la Administración de Justicia dentro de los tres días siguientes para que se ratifiquen por separado en su petición (art. 777.3 LEC). Sobre esta última consideración ALVAREZ, BLANDINO y SÁNCHEZ manifiestan que *“se trata de una cuestión importante, pues lo que se persigue con ello es asegurar que los solicitantes actúan libremente, sin que ninguno ejerza sobre el otro alguna clase de coacción o influjo que coarte su voluntad”*. Es por ello también que se requiere la comparecencia de la parte ante el Juez, de manera oral, quedando ambos vinculados por la ratificación, no pudiendo hacerse por medio de Procurador³³.

El objeto de la ratificación se extiende no solo a la solicitud sino también a la propuesta de convenio regulador.

Si alguna de las partes no ratificara la solicitud, el Letrado de la Administración de Justicia deberá acordar el archivo de las actuaciones por medio de decreto, contra el cual, en su caso, cabría interponer ante el juez recurso de revisión. No obstante, quedaría a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a los trámites previstos del procedimiento contencioso del artículo 770 LEC.

El archivo de las actuaciones por falta de ratificación no impide que pueda promoverse otro nuevo procedimiento de mutuo acuerdo. Pero para los hijos sí tiene consecuencias, pues precisamente este procedimiento es útil para llegar un consenso entre las partes sobre las medidas que respectan a hijos menores, y la falta de ratificación impediría que pudieran acordarse.

Como hemos analizado unas páginas atrás, el convenio regulador debe ser considerado como un negocio jurídico de derecho de familia, una expresión del principio de autonomía privada,

³³ ALVAREZ, BLANDINO Y SANCHEZ, op. cit, p.621.

con la consecuencia de que cuando se aprueba por el juez queda integrado en ña resolución judicial, con toda la eficacia procesal que eso conlleva.

El Tribunal Supremo, en numerosas ocasiones, se refiere a la validez del convenio regulador suscrito por los cónyuges de mutuo acuerdo, pero no ratificado por uno de ellos, estableciendo en Sentencia de 7 de noviembre de 2018 que *“si no hubiese llegado a ser aprobado judicialmente, no es ineficaz, sino que tiene la eficacia correspondiente a todo negocio jurídico. La falta de ratificación, y por ende de homologación, le impide formar parte del proceso de divorcio, pero no pierde eficacia procesal como negocio jurídico”*³⁴.

En el caso de que algún hecho relevante no se pudiera acreditar por medio de la prueba documental, se podrá proponer la que se crea conveniente. Si el Juez o Letrado considerase insuficiente la documentación aportada, concederá a las partes un plazo de diez días para que la completen, pudiendo, en defecto de subsanación de tal defecto en dicho plazo, rechazar la admisión a trámite de la demanda.

Durante este tiempo se llevará a cabo la práctica de la prueba propuesta además de la que el tribunal considere necesaria (art. 777.4 LEC) para acreditar las circunstancias exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador, no estando facultado para practicar prueba sobre cuestiones de las que las partes pueden disponer, como la pensión compensatoria o la liquidación del régimen de gananciales.

El Ministerio Fiscal estará facultado para proponer prueba en el mismo plazo de diez días únicamente en el caso de que haya hijos menores e incapaces y tan solo referida a las partes del convenio relativas a ellos.

Tal y como establece el artículo 777.5 de la LEC, *“Si hubiera hijos menores o incapacitados, el Tribunal recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos y oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio cuando se estime necesario de oficio o a petición del Fiscal, partes o miembros del Equipo Técnico Judicial o del propio menor”*. Incluso en el Código Civil se recoge la posibilidad de dar audiencia a los abuelos en aras de incluir en el convenio el régimen de visitas de los nietos con aquellos.

³⁴ Sentencia 615/2018 del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2018, ECLI: ES:TS:2018:3739

Bien es cierto que el tema de la audiencia al menor ha generado gran controversia, en primer lugar, porque ya no es en todos los casos preceptiva, sino que desde 2015 se interpreta de manera más flexible, y, en segundo lugar, porque ¿qué debe entenderse por un menor con suficiente juicio? Esto lo deberá determinar el Juez, apoyado o no de los progenitores, su experiencia o el Equipo Técnico Judicial, al igual que deberá determinar en cada caso si la audiencia del menor es o no necesaria, dependiendo de los intereses del mismo.

El Tribunal Supremo declaró que: *“para que el juez o tribunal pueda decidir no practicar la audición, en aras al interés del menor, será preciso que lo resuelva de forma motivada”*³⁵.

Una vez cumplido lo anterior, tal y como se recoge en el artículo 777 LEC, el Tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador. La decisión tendrá forma de decreto, auto o sentencia, según el trámite que se haya seguido.

En este caso, cuando haya hijos menores o incapaces la fase decisoria se iniciará cuando haya concluido el plazo concedido para la audiencia de los mismos, sus abuelos y el Ministerio Fiscal.

El Tribunal dictará sentencia concediendo o denegando el divorcio y pronunciándose sobre el convenio regulador. Si la sentencia es denegatoria del divorcio, podrán recurrir los cónyuges en apelación, y no pudiendo interponer recurso en el caso de que la sentencia hubiera sido declarativa, por no padecer gravamen.

En cuanto al pronunciamiento sobre la propuesta de convenio, cuando hay hijos menores, caben varias posibilidades, pudiendo aprobarlo íntegramente (el Ministerio Fiscal podría apelar esta sentencia únicamente en interés de los hijos menores), solamente en parte (la sentencia debe estar suficientemente motivada) o rechazarlo en su totalidad.

Como determina el artículo 777.7 LEC *“concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal”*.

³⁵ Sentencia 18/2018 del Tribunal Supremo, de 15 de enero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:41

Es entonces cuando se abre el trámite de audiencia para la mejora del convenio rechazado por el juez, que deberá decidir en forma de auto en los tres días siguientes al transcurso de los diez habilitados para la audiencia.

4.1.2- Sin hijos o con hijos mayores de edad dependientes económicamente o independientes.

El esquema es el mismo que en el caso de que existan hijos menores en el matrimonio, teniendo en cuenta que no serán necesarias ciertas intervenciones como por ejemplo la del Ministerio Fiscal, pues carecería de interés.

La fase decisoria se iniciará inmediatamente después de la ratificación de la petición y del convenio regulador, siempre que los litigantes no propongan actividad probatoria complementaria.

Como ya hemos comentado a priori un procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo en el que no haya hijos o sean mayores de edad no le corresponde conocer de él al Juez, pero sí que le corresponderá en el caso de que, habiendo acudido las partes al Letrado de la Administración de Justicia, este haya considerado el convenio perjudicial para uno de los cónyuges, pudiendo solicitar al juez la aprobación del mismo.

El juez podrá en este caso determinar si efectivamente el convenio resulta gravemente perjudicial para una de las partes, para los intereses generales o bien no respetar alguna prohibición legal, teniendo en cuenta que no tiene cabida el Ministerio Fiscal en materia de recurso, pues solo están legitimados los cónyuges.

Se seguirá el procedimiento explicado en el procedimiento de mutuo acuerdo con hijos menores si fuera necesario el trámite de audiencia ante el Juez en el caso de rechazo parcial.

Algo que ha suscitado bastante controversia ha sido el artículo 82.1 CC, que se refiere al divorcio ante notario o Letrado de la Administración de Justicia, disponiendo que *“Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”*

Este párrafo puede ser interpretado desde el control de lesividad del artículo 90.2 CC, en virtud del cual los acuerdos de los cónyuges serán aprobados por el Juez salvo que sean dañosos para los hijos, no debiendo quedar fuera de tal consideración los mayores de edad. El Juez puede, antes de desestimar el acuerdo, consultar a los hijos amparado en el artículo 777.4 de la LEC.

4.2.- Tramitación procesal del divorcio contencioso:

El artículo 770 de la LEC contiene la regulación específica del procedimiento contencioso en materia de crisis matrimoniales, siempre en base a un juicio verbal, y teniendo en cuenta la supletoriedad de las normas generales de la Ley de Enjuiciamiento Civil para aquellos aspectos que no estén previstos, especialmente ciertas especialidades del juicio verbal que cuentan con una regulación insuficiente.

De forma sintética, este procedimiento resuelve las pretensiones de divorcio cuando uno de los cónyuges no está de acuerdo en el divorcio presentado por el otro, cuando no están de acuerdo en los términos del convenio regulador, o bien, cuando, habiéndose iniciado un procedimiento de mutuo acuerdo, no haya sido ratificado por alguna de las partes.

En el procedimiento contencioso, a diferencia del mutuo acuerdo, no es adecuado que se presente un convenio regulador, pues precisamente su fundamento es la falta de acuerdo entre los cónyuges. Pero la práctica diaria de nuestros tribunales refleja que con frecuencia las partes alcanzan un acuerdo a lo largo del procedimiento contencioso. El Juez podrá aprobar dichos acuerdos e incorporarlos a su sentencia.

4.2.1- Medidas previas a demanda

Como su propio nombre indica, estas medidas son unas reglas mínimas de extraordinaria importancia establecidas legalmente que se adoptan cuando los cónyuges deciden acudir a los Tribunales tras no haber pactado ninguna solución que regule sus relaciones personales y patrimoniales.

Se regulan en el artículo 771 de la LEC, donde en su primer párrafo se legitima a solicitar los efectos y medidas de los arts. 102 y 103 del CC al cónyuge que se proponga demandar la nulidad, separación o divorcio de su matrimonio.

Se pueden instar distintos tipos de medidas, pero es necesario remarcar que entre ellas no se encuentra la pensión compensatoria, siendo muy habitual en la práctica que la solicite la parte que insta otras medidas previas.

Las medidas de orden público se adoptan independientemente de que las hayan solicitado los cónyuges o no, y sirven para regular la convivencia familiar, comprendiendo acciones como la separación efectiva de los cónyuges, la determinación del progenitor con el que han de convivir los menores, el régimen de ejercicio conjunto de las responsabilidades parentales, o la previsión sobre el uso del domicilio familiar.

Además de las citadas medidas, existen otras de carácter dispositivo, lo que significa que deben ser expresamente solicitadas por las partes. Estas medidas regulan aspectos como los alimentos entre cónyuges o a favor de hijos mayores de edad económicamente dependientes de la familia, revocación de poderes otorgados entre cónyuges, o determinación de los bienes gananciales que se hayan de entregar uno a otro cónyuge.

En cuanto a las posibles medidas cautelares, es posible, en su caso, solicitar otras medidas cautelares de las contenidas en los arts. 102 y 103 del CC, acuerdo al que se llegó en el Encuentro de Jueces y Abogados de Familia en noviembre de 2003, en su conclusión 79ª *“No es aplicable a los procedimientos de familia el Título VI del Libro III de la LEC (medidas cautelares de carácter personal y patrimonial), por existir medidas con esa naturaleza reguladas con carácter específico (medidas previas y provisionales, artículo 158 Código Civil), a excepción de aquellas que no estén comprendidas en los artículos 102 y siguientes del Código Civil”*³⁶.

³⁶ “PEREZ GALVAN, M., “Encuentro de Jueces y Abogados de Familia: incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de familia”, seminario organizado por el Consejo General del Poder Judicial y la Asociación Española de Abogados de Familia”, celebrado en Madrid los días 17 a 19 de noviembre de 2003. *Revista Digital La Toga* 148, May/Jun 2004.

Por ejemplo, se pueden solicitar medidas cautelares en aras de atajar el problema de las violencias familiares, como la interdicción de las comunicaciones, medidas tendentes al aseguramiento del pago de las caras o alimentos, prohibición de salida del territorio nacional o de expedición de pasaporte a los menores.

Cabe preguntarse si es necesario la urgencia de aquellas medidas que se solicitan para que las mismas sean aprobadas por el Tribunal. La respuesta es que no, como se determina en el Encuentro al que hemos hecho referencia en su conclusión 29ª *“No puede exigirse el requisito de la urgencia para admitir a trámite la petición”*, además de que el propio artículo 771.2 de la LEC contempla unas medidas de carácter urgente, requisito no exigible para el resto de supuestos.

Estas medidas urgentes (requisito que debe ser probado por el solicitante de la medida) están relacionadas con episodios de violencia de género o perjuicio de difícil reparación en relación con los hijos menores de edad.

Las medidas previas, una vez admitidas a trámite, se procede a citar a los cónyuges a una comparecencia, tras la que resolverá el tribunal mediante auto en el plazo de tres días contra el que no cabrá recurso alguno. En cuanto a la eficacia de este auto, el art. 771.5 de la LEC dispone que *“Los efectos y medidas acordados de conformidad con lo dispuesto en este artículo sólo subsistirán si, dentro de los treinta días siguientes a su adopción se presenta la demanda de nulidad, separación o divorcio”*, entendiendo la Audiencia Provincial de Córdoba que *“dictado el auto de medidas previas, el cómputo del plazo de treinta días comienza a contarse desde la fecha de notificación del auto al ejecutante”*³⁷.

4.2.2- Medidas coetáneas a la demanda

Cuando antes de interponer la demanda de divorcio se solicitan medidas hablamos de medidas previas a la demanda. En cambio, cuando se presentan junto con la demanda hablamos de medidas provisionales o coetáneas, y sirven para que el juez decida “provisionalmente” mientras se sustancia el procedimiento de divorcio sobre ciertos aspectos. Una vez finalizado el proceso de divorcio estas medidas provisionales decaerán en virtud de las que acuerde el juez en la sentencia correspondiente.

³⁷ Auto 41/2003 de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 23 de enero de 2003, ECLI:ES:APCO:2003:41A

Solo podrán solicitarlas los cónyuges y el Ministerio Fiscal únicamente si existen hijos menores de edad. La competencia de conocer de estas medidas coetáneas la tiene el Tribunal que ostente la competencia del procedimiento principal.

Uno de los aspectos procesales más relevantes respecto a la solicitud de medidas provisionales es que la misma exige, siempre, la intervención de Abogado y Procurador, y que durante la tramitación de estas medidas las partes pueden solicitar la continuación del procedimiento por los trámites de común acuerdo.

La simple admisión a trámite de la demanda de divorcio automáticamente produce los efectos del artículo 102 del Código Civil, es decir, los cónyuges podrán vivir separados y cesar la presunción de convivencia conyugal, quedando revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro. Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Estas medidas son aquellas relacionadas, además con lo establecido en el art. 102 CC, con pensiones, custodia, régimen de visitas de los hijos, uso y disfrute de la vivienda, contribución a las cargas matrimoniales y administración y disposición de bienes, etc.

Bien es cierto que el debate patrimonial, en la práctica, se desplaza al procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial. Tal y como dispone el artículo 773 de la LEC, el cónyuge, que solicite la nulidad de su matrimonio, la separación o el divorcio, podrá pedir en la demanda lo que considere oportuno sobre las medidas provisionales a adoptar. Es decir, solo es admisible su tramitación cuando las medidas se soliciten junto a la demanda. Además, el demandado también tendrá la facultad de solicitar estas medidas en su contestación a la demanda.

El juzgado citará a los cónyuges y al Ministerio Fiscal en su caso a una comparecencia donde se intentará llegar a un acuerdo respecto de la adopción de estas medidas. Serán aprobadas por el Juez las medidas consensuadas siempre que no se vulneren derechos de los hijos menores. Y, en el caso de que no sea posible llegar a tal acuerdo, las partes propondrán prueba y el Juez resolverá sobre las medidas mediante auto.

4.2.3- Juicio de divorcio: Demanda

Acerca de la forma de la demanda, en el Encuentro de Jueces y Abogados de Familia de 2003 se llegó a la conclusión 52ª *“Dada la desigualdad de armas que supone la demanda sucinta, entre otros motivos, proponemos que el procedimiento sea el ordinario en lugar del verbal. (Se aprueba por mayoría). En tanto se mantenga el sistema actual, no deberán admitirse demandas sucintas, en cuanto pueden producir indefensión, debiéndose, en consecuencia, dar traslado a la parte actora para que subsane tal defecto y complemente la demanda”*. Esto significa que la demanda ya no podrá ser sucinta, sino que deberá contener la fundamentación de por qué se solicitan unas determinadas medidas³⁸.

Como ya hemos determinado a lo largo del estudio, la demanda de divorcio solo procede siempre que hayan transcurrido al menos tres meses de la celebración del matrimonio, a no ser que se acredite un riesgo para la vida, integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio (art. 81.2 CC).

Al igual que con toda demanda, la de divorcio asimismo deberá comenzar con un encabezamiento en el que se exprese la identificación del órgano jurisdiccional que la parte actora considere competente y los datos que identifiquen al actor y al demandado y sus domicilios, así como los datos necesarios para identificar al Abogado y Procurador que asumen la defensa y representación del interesado.

También debe expresarse, por exigencia legal, el domicilio conyugal, pues es uno de los elementos decisivos para la competencia. No obstante, la competencia debe ser comprobada de oficio, tal y como indica el artículo 769.4 de la LEC.

El artículo 437.2 de la LEC exige que se fije con claridad y precisión lo que se pida, concretando los hechos fundamentales en que se basa la petición. También determinará el demandante la acción que ejercita, que en el caso que nos ocupa será la acción personal de divorcio, con apoyo de unos hechos y fundamentos de derecho.

³⁸ PEREZ GALVAN , M., op y loc., cit.

Una de las cuestiones más controvertidas es la pretensión acumulada de división de la cosa común. El art. 437.4. 4º de la LEC permite que cualquiera de los cónyuges pueda ejercer simultáneamente la acción de división de la cosa común respecto de los bienes que tengan en comunidad ordinaria indivisa. Para que esta acción prospere será necesario que los consortes indiquen los bienes que integran el acervo común. Tal y como indica la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 2007, “*si existe discusión sobre la titularidad de los bienes, será necesario ejercitar la acción declarativa que corresponda y dicha acción excede del objeto del proceso de familia, por lo que como ha acordado la Juez de Instancia, no puede accederse a la estimación de la acción de división planteada sobre los bienes muebles relacionados en la demanda*³⁹”.

Los hechos que se contengan en la demanda deben estar debidamente numerados y relatar las circunstancias que concurren en relación con el divorcio, las medidas en relación con los hijos y las de carácter dispositivo. También deben incluirse los hechos que sean de interés como el lugar y fecha en el que se contrajo matrimonio, si hubo descendencia o no, una referencia al régimen económico matrimonial vigente, y hechos que puedan ser determinantes para el ejercicio de la patria potestad, el uso de la vivienda y el ajuar familiar, y, en su caso, para la determinación de la pensión compensatoria o indemnización que proceda.

Junto a los hechos deberá contener en la demanda una fundamentación jurídica, habida cuenta del principio *iuria novit curia* que rige en nuestro Derecho. Tras haberse suprimido por la Ley 15/2005 la necesidad de alegar causa de divorcio, no es necesario que en la demanda se haga referencia a causa alguna, únicamente la voluntad de las partes de ejercer la acción de divorcio, especialmente mencionando el artículo 32 de la Constitución y el 86 del Código Civil.

También deberán las partes hacer mención a la propuesta de medidas que pretenden sean admitidas por el Juez.

En cuanto a la pretensión principal o *petitum*, como es natural, la demanda contendrá como pretensión principal la acción de divorcio. Establece el artículo 399.5 de la LEC que “*En la petición, cuando sean varios los pronunciamientos judiciales que se pretendan, se expresarán con la debida*

³⁹ SAP 365/2007 de Barcelona, Sección 18ª, de 1 de marzo de 2007, ECLI:ES:APB:2007:635

separación. Las peticiones formuladas subsidiariamente, para el caso de que las principales fuesen desestimadas, se harán constar por su orden y separadamente”. Como hemos establecido, por *otrosí* se podrán incluir en la demanda peticiones complementarias de carácter procesal o cautelar, como la adopción de medidas provisionales.

Además, la demanda deberá ir acompañada del apoderamiento del procurador, representación del actor, acreditación del domicilio, certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, del nacimiento de los hijos en el Registro Civil, y copias de la demanda y los demás documentos que la acompañan.

Presentada la demanda, el Letrado de la Administración de Justicia la admitirá mediante decreto y dará traslado de la misma al demandado y, en su caso, al Ministerio Fiscal para que la contesten en el plazo de veinte días.

El artículo 102 del CC permite la anotación de las demandas en los Registros de la Propiedad y Mercantil, con la finalidad de que los efectos de la admisión a trámite de la demanda sean conocidos por terceros de buena fe.

4.2.3.1 Contestación

El demandado puede adoptar varias actitudes frente a la demanda como la de no comparecer, comparecer y no contestar, allanarse o ir más allá de las pretensiones del demandante formulando demanda reconvenzional. Pero la postura más frecuente es la contestación a la demanda, quedando así constituida válidamente la relación jurídico-procesal. También antes de la contestación el demandado puede formular declinatoria.

El artículo 753 de la LEC establece un periodo de veinte días para la contestación a la demanda, como ocurre con los juicios ordinarios, y deberá hacerlo ante el mismo Juzgado que conoce de la demanda. El *dies a quo* será el del día que el demandado fue notificado.

Aunque legalmente se establece que deben seguir los trámites del juicio verbal, se atenderá a los artículos 405 y ss de la LEC, y especialmente al 399 para la contestación, que requiere la presencia de Abogado y Procurador.

El artículo 405 de la LEC señala que *“En la contestación a la demanda habrán de negarse o admitirse los hechos aducidos por el actor. El tribunal podrá considerar el silencio o las respuestas evasivas del demandado como admisión tácita de los hechos que le sean perjudiciales. También habrá de aducir el demandado, en la contestación a la demanda, las excepciones procesales y demás alegaciones que pongan de relieve cuanto obste a la válida prosecución y término del proceso mediante sentencia sobre el fondo”*.

Cabe aclarar que los hechos que podrá admitir el demandado se refieren a materias disponibles, y el resto no vinculará al Juez pudiendo proponer la práctica de la prueba que sea conveniente.

Como regla general, no pueden las partes disponer de un supuesto de divorcio, pero resulta profundamente irrelevante porque no se requiere la alegación de causa alguna para instar el procedimiento de divorcio. Lo que sí podría darse por parte del demandado es un allanamiento parcial, como recoge el artículo 21.2 de la LEC *“Cuando se trate de un allanamiento parcial el tribunal, a instancia del demandante, podrá dictar de inmediato auto acogiendo las pretensiones que hayan sido objeto de dicho allanamiento. Para ello será necesario que, por la naturaleza de dichas pretensiones, sea posible un pronunciamiento separado que no prejuzgue las restantes cuestiones no allanadas, respecto de las cuales continuará el proceso”*.

No obstante, existe la posibilidad de transformar el procedimiento contencioso en procedimiento de mutuo acuerdo, y la contestación a la demanda podría consistir precisamente en tal solicitud, siendo necesario, además, que el actor también exprese su voluntad de llevar a cabo tal transformación.

En cuanto a los documentos que se deben acompañar a la contestación a la demanda, rigen las normas procesales generales de los artículos 264 y siguientes de la LEC.

4.2.3.2 Prueba: momentos de proposición y práctica

Lo primero que hay que tener en cuenta es que no es suficiente la presentación de una demanda para que el Tribunal estime o desestime la pretensión ejercitada, sino que será necesario probar todas y cada una de las afirmaciones que se han hecho en los escritos de

alegaciones. El éxito de la acción dependerá de que la actividad probatoria lleve al Juez al convencimiento de que los hechos alegados se han producido realmente.

Como recoge la LEC en su artículo 281, se exceptúa de la prueba aquellos hechos sobre los que exista plena conformidad de las partes, es decir, solamente será necesario probar los hechos controvertidos, así como el derecho extranjero, en su caso. De acuerdo con el artículo 299 de la LEC, *“Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son: 1.º Interrogatorio de las partes, 2.º Documentos públicos, 3.º Documentos privados, 4.º Dictamen de peritos, 5.º Reconocimiento judicial, 6.º Interrogatorio de testigos. También se admitirán, conforme a lo dispuesto en esta Ley, los medios de reproducción de la palabra, el sonido y la imagen, así como los instrumentos que permiten archivar y conocer o reproducir palabras, datos, cifras y operaciones matemáticas llevadas a cabo con fines contables o de otra clase, relevantes para el proceso.”*

Finalizada la fase de alegaciones, el siguiente paso a seguir es la celebración de la vista, a la que deberán asistir las partes con sus Procuradores y Letrados, siguiendo los trámites previstos para el juicio verbal.

El artículo 440.1 de la LEC dispone que en la citación se advertirá a los litigantes que han de concurrir con los medios de prueba de que intenten valerse, y en el caso de que no pudiera comparecer alguna persona como parte o testigos, deberán comunicarlo al Juzgado en los tres días siguientes a la citación de la vista. También debe tenerse en cuenta lo dispuesto en el artículo 770.3 LEC *“la incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial”*

En la vista se llevará a cabo la proposición y práctica de la prueba, añadiendo además un plazo de treinta días para la práctica de pruebas que no pudieron celebrarse en la vista. Además, el Juez podrá acordar de oficio la prueba que considere pertinente.

Ello sin perjuicio de que se puedan señalar otros momentos en los que sea necesario aportar documentación como en la presentación o contestación de la demanda.

La práctica de la prueba estará regida por el principio de oralidad, de inmediación, de concentración, de contradicción y publicidad. El lugar de celebración de la prueba, tal y como

recoge el artículo 129 de la LEC, será la sede del Tribunal que conozca del asunto, siendo admisible la videollamada como prueba en los casos en que resulte muy gravosa la comparecencia de las personas citadas en la sede del Juzgado o Tribunal.

Conforme al artículo 300 de la LEC, el orden de la práctica de pruebas será el siguiente:

- 1.º Interrogatorio de las partes.
- 2.º Interrogatorio de testigos.
- 3.º Declaraciones de peritos sobre sus dictámenes o presentación de éstos, cuando excepcionalmente se hayan de admitir en ese momento.
- 4.º Reconocimiento judicial, cuando no se haya de llevar a cabo fuera de la sede del tribunal.
- 5.º Reproducción ante el Tribunal de palabras, imágenes y sonidos captados mediante instrumentos de filmación, grabación y otros semejantes.

Cabe destacar también que contra las resoluciones del Tribunal acerca de la inadmisión de pruebas no cabe recurso, sino mera protesta a efectos de hacer valer sus derechos en segunda instancia. Para admitir o inadmitir un medio de prueba, el Tribunal atenderá a los aspectos formales y sustantivos de la misma, debiendo proponerse conforme a las normas y en el plazo previsto, y no ser pruebas impertinentes o que no guarden relación con el proceso, y menos aún, pruebas ilícitas.

En más de una ocasión se ha puesto en duda si el trámite de inadmisión de pruebas está en contradicción con el artículo 24 de la CE, que recoge que todos tienen derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa. Pues bien, el Tribunal Constitucional ha resuelto que no se trata de un derecho absoluto e incondicional: *“dicho derecho fundamental implica el de proponer los medios de prueba autorizados por el ordenamiento, pero no faculta, sin embargo, para exigir la admisión de cualesquiera pruebas que puedan las partes proponer, sino tan sólo la recepción y práctica de las que sean declaradas pertinentes por los órganos judiciales”*⁴⁰.

⁴⁰ Sentencia 89/1995 del Tribunal Constitucional, de 6 de junio de 1995, ECLI:ES:TC:1995:89.

4.2.3.3. Especial referencia a la prueba de situación económica y a la pericial psicosocial

La prueba de situación económica suele consistir en una prueba documental. Por ejemplo, si se solicita una pensión de alimentos a favor del menor que se va a derivar del divorcio, será el solicitante el que deba probar la situación económica de los progenitores aportando declaraciones tributarias, nóminas, facturas, etc.

No obstante, también puede tratarse de una prueba testifical, para la cual, según el artículo 360 de la LEC *“Las partes podrán solicitar que declaren como testigos las personas que tengan noticia de hechos controvertidos relativos a lo que sea objeto del juicio”*. Aunque, debido al grado de parentesco, se corre el riesgo que esta prueba no sea tan objetiva como debería, por lo que el Tribunal no le da el mismo peso que a otras pruebas como la pericial.

La prueba psicosocial se realiza en los procedimientos de divorcio en los que existan hijos menores con la finalidad de obtener un conocimiento científico de la psicología infantil a través de una prueba pericial. Precisamente porque la citada prueba goza de mayor presunción de veracidad que la testifical, pues el perito podría incurrir en un ilícito penal.

Como apunta MIGUEL SAEZ, *“Ante estos supuestos, el denominado Informe Psicosocial viene a ser el recurso más solicitado por el juez y con él se pretende dilucidar cuál es la situación preferible para el menor en relación al régimen de guarda y custodia por parte de uno de los padres o de los dos⁴¹.”*

Será un psicólogo o un trabajador social el que examine a los padres e hijos y haga una recomendación acerca de la custodia, según lo que resulte más beneficioso para el menor, así como acerca de régimen de visitas adecuado para el progenitor no custodio.

Como en el resto de los dictámenes periciales, el psicosocial será valorado por el Tribunal conforme a las reglas de la sana crítica, en virtud del artículo 348 de la LEC.

⁴¹MIGUEL SÁEZ, ÇL., “Aproximación al estudio comparado de la prueba pericial en los procesos de familia desde el ordenamiento civil y canónico”, *Tesis Doctoral*, Universidad Complutense de Madrid, 2017, p. 123.

4.2.3.4 La vista

Será el Letrado de la Administración de Justicia el encargado de citar a las partes a la vista, una vez haya admitido la demanda, debiendo esperar a que transcurran los plazos de contestación a la demanda, reconvencción, y contestación a la reconvencción para efectuar la citación dentro de los cinco días siguientes. La vista tendrá lugar en el plazo máximo de un mes.

La citación contendrá indicación del día y la hora en la que tendrá lugar la vista, así como apercibimiento de que las partes deberán concurrir por sí mismas. El artículo 770.3 de la LEC además dispone que *“su incomparecencia sin causa justificada podrá determinar que se consideren admitidos los hechos alegados por la parte que comparezca para fundamentar sus peticiones sobre medidas definitivas de carácter patrimonial. También será obligatoria la presencia de los abogados respectivos”*.

Es decir, no es necesaria la presencia personal de las partes en el acto de la vista, pero puede tener consecuencias negativas en orden a la prueba. En palabras de la Audiencia Provincial de Barcelona, *“la incomparecencia de la actora, a la vista, a la que sí asistieron su Abogado y Procurador, no debe conducir a que sea tenida por desistida, debiéndose haber continuado la vista, sin su presencia, de conformidad con lo dispuesto en las reglas propias del art. 770 de la L.E.C⁴²”*.

La vista se celebrará conforme a lo establecido en el artículo 443 de la LEC. Existirá una fase de alegaciones en la que las partes deberán ratificarse en sus respectivos escritos y efectúen las aclaraciones oportunas, y, si se plantearon excepciones procesales, seguidamente a la ratificación será el momento de resolverlas.

Si las partes hubieran acordado total o parcialmente un convenio, el momento de ponerlo de manifiesto es el de realizar la ratificación sobre los respectivos escritos. Si el acuerdo es sobre medidas definitivas, podrá someter la propuesta al Juez en la vista.

Posteriormente, se pasará a la proposición y prueba planteada por las partes, como antes apuntábamos, y como hemos descrito unas líneas atrás, bien en el mismo acto de la vista o

⁴² Auto 3603/2008 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de junio de 2008, ECLI:ES:APB:2008:3603A

en el plazo de treinta días. Por último, se sustentará la fase de conclusiones o resumen de pruebas.

4.2.3.5 Conclusiones

La reforma del artículo 753 de la LEC dejó atrás todas las controversias acerca de si era preceptivo o no un trámite de conclusiones, disponiendo que *“En la celebración de la vista de juicio verbal en estos procesos y de la comparecencia a que se refiere el artículo 771 de la presente ley, una vez practicadas las pruebas el Tribunal permitirá a las partes formular oralmente sus conclusiones, siendo de aplicación a tal fin lo establecido en los apartados 2, 3 y 4 del artículo 433”*.

4.2.3.6. Sentencia, forma y contenido

La finalización del juicio, una vez terminadas las alegaciones de las partes, dará paso a la fase decisoria, es decir, la sentencia del Tribunal. El plazo legal para dictar sentencia es de diez días.

El artículo 218 de la LEC recoge la necesidad de exhaustividad y congruencia de la sentencia, *“Las sentencias deben ser claras, precisas y congruentes con las demandas y con las demás pretensiones de las partes, deducidas oportunamente en el pleito. Harán las declaraciones que aquéllas exijan, condenando o absolviendo al demandado y decidiendo todos los puntos litigiosos que hayan sido objeto del debate”*.

En el segundo párrafo del artículo se recoge también la exigencia de que las sentencias se motiven expresando los razonamientos fácticos y jurídicos que conducen a la apreciación y valoración de pruebas, así como la aplicación e interpretación del derecho, lo cual es además una exigencia constitucional (artículo 120.3 CE)

Al requisito de motivación hace una aclaración la Audiencia Provincial de Alicante: *“la exigencia de motivación no autoriza a exigir un razonamiento judicial exhaustivo y pormenorizado de todas las cuestiones, sino que las resoluciones deben apoyarse en razones que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos esenciales fundamentadores de la decisión⁴³”*.

⁴³ Sentencia 3302/2003 de la Audiencia Provincial de Alicante, de 7 de noviembre de 2003, ECLI:ES:APA:2003:3302.

El artículo 208 de la LEC exige también que los autos y sentencias se ordenen en párrafos separados y numerados los antecedentes de hecho y fundamentos de derecho en los que se base el fallo.

En cuanto a este último, al no existir en la actualidad ningún otro requisito más que el temporal del transcurso de los tres meses, es improbable que se dicten sentencias desestimatorias. Si la sentencia es estimatoria, en primer lugar, el Juez declarará estimada la pretensión de divorcio, y, si existen hijos menores, se pronunciará sobre las medidas que les afecten. Por último, deberá pronunciarse sobre las medidas de carácter dispositivo y sobre las costas del procedimiento.

4.3.- Intervención del Ministerio Fiscal

El Ministerio Fiscal tendrá cabida en este procedimiento cuando alguno de los sujetos interesados sea menor, incapacitado, o esté en situación de ausencia legal (art.749.2 LEC).

Tal y como apunta PÉREZ MARTÍN, *el precepto es claro, pero existen situaciones que exigen cierta labor interpretadora, como cuando antes de presentarse la demanda la esposa se encuentre embarazada, cuando después de presentada la demanda nace el hijo, y cuando después de presentada la demanda todos los hijos adquieren la mayoría de edad*⁴⁴.

En el primer caso, debemos tener en cuenta el artículo 29 del CC, donde se recoge que al concebido se le tiene como nacido para todos los efectos que le sean favorables, así como el 6 de la LEC, donde se reconoce el concebido no nacido podrá ser parte del proceso, también para todos los efectos que le sean favorables.

En palabras de la Audiencia Provincial de Barcelona en sentencia de 22 de diciembre de 1999, *“La intervención del Ministerio Fiscal deviene preceptiva incluso cuando se da el embarazo de la mujer, aunque el niño no haya nacido todavía (...) el concebido debe tenerse por nacido para todos los efectos*

⁴⁴PÉREZ MARTÍN, A, J., *Tratado de Derecho de Familia: procedimiento contencioso de separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros Procedimientos contenciosos. Aspectos procesales*, 2ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1248.

que le sean favorables, como indudablemente lo eran las medidas postuladas tanto con respecto a su custodia y potestad...⁴⁵”

En el segundo caso será preceptivo que conozca del nacimiento el Ministerio Fiscal e intervenga en el proceso, y en el tercer caso, el Ministerio Fiscal actuará de manera contraria, dejando de ser parte en el proceso por carecer ya de legitimación.

PÉREZ MARTÍN aclara la controversia del *nasciturus*, pues no se le nombra entre los menores, ausentes o incapacitados, apuntando que ^{“46}*no lo es menos que en demanda de la madre ya se hacían peticiones para este hijo (...) debía darse intervención al Ministerio Público para una mayor garantía de los eventuales derechos de este posible hijo”*.

Por todo ello, procede decir que se decretará la nulidad de lo actuado en el caso de que haga sin intervención del Ministerio Fiscal, teniendo en cuenta que la omisión de citación también determinará la nulidad del proceso.

5.- EFECTOS DEL DIVORCIO

5.1.- En relación con el vínculo matrimonial

El artículo 89 CC hace alusión a los efectos del divorcio, que se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87.

Por ello podemos decir que la sentencia de divorcio es constitutiva, pues sin ella no habría divorcio, y produce efectos desde la firmeza de la misma, siendo oponible frente a terceros de buena fe a partir de su inscripción en el Registro Civil. A petición de parte, se comunicará también a cualquier otro Registro público, como por ejemplo el Registro de la Propiedad. (artículo 755 LEC)

⁴⁵ SAP de Barcelona, Sección 12, de 22 de diciembre de 1999. ECLI:ES:APB:1999:13739

⁴⁶ PÉREZ MARTÍN, A. J., *Tratado de Derecho de Familia: procedimiento contencioso de separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros Procedimientos contenciosos. Aspectos procesales*. 2ª Edición, Lex Nova, Valladolid, 2011, p. 1307.

El efecto directo es la disolución del matrimonio, sin perjuicio de que, si el matrimonio se celebró de forma canónica, las normas de Derecho Canónico consideren que el matrimonio sigue siendo válido.

Además, el artículo 95 CC dispone que la sentencia producirá la disolución del régimen económico matrimonial, y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto

El Tribunal Supremo en sentencia de 16 de abril de 2015, sentó doctrina sobre los efectos de la sentencia de divorcio en un supuesto de mutuo acuerdo, de tal forma que si tras ser dictada dicha resolución, aunque no fuera notificada, se produce la muerte de uno de los cónyuges, no impide que ya estuviera extinguido el vínculo matrimonial: *“no se ha extinguido en este caso la acción de divorcio por la muerte del esposo, porque dicha acción ya había producido sus efectos propios al haber recaído sentencia que así lo declaró a petición de ambos cónyuges⁴⁷”*.

Además, el Alto Tribunal, hace referencia al artículo 774.5 de la LEC, concluyendo que *“la firmeza sobre el pronunciamiento de divorcio se produce con la sentencia de primera instancia cuando ha sido solicitado por ambos cónyuges.”*

Con esto está clara la pretensión del legislador de aportar un mayor grado de seguridad a la extinción del vínculo matrimonial, concediéndola plenos efectos desde la sentencia inicial.

5.2.- En relación con los hijos del matrimonio. Patria potestad, custodia y alimentos.

Todas las medidas que el juez debe adoptar han de estar guiadas por el principio del *“favor filii”*, esto es, deben acordarse aquellas que más beneficien a los hijos, partiendo de la base que el divorcio no exime a los padres de las obligaciones para con sus hijos. Es por esto que, tratando el ámbito estrictamente procesal, se da cierta flexibilidad al principio de congruencia, pudiendo el Juez adoptar medidas que no le han sido específicamente solicitadas, sin incurrir en incongruencia por *extra* o *ultra petitum*.

⁴⁷ Sentencia 203/2015 del Tribunal Supremo, de 16 de abril de 2015

En cuanto a la patria potestad, normalmente, el divorcio no afecta a la titularidad de la misma salvo que concurra causa para privar a uno de los cónyuges y existe petición expresa de parte, y que contravenga a los hijos. Como dice SILLERO CROVETTO *“solo cabe adoptar la privación de la patria potestad en sentencia, y no en ejecución, tampoco cabe la privación por pacto, o convenio regulador, pues es irrenunciable e indisponible”*⁴⁸.

Sin embargo, aunque los cónyuges ejerzan de manera conjunta la patria potestad, la guarda y cuidado de los menores corresponde solo a uno de ellos (artículo 159 CC), y el otro tendrá derecho a visitarlos y comunicarse con ellos.

El régimen de guarda y custodia debe acordarse siguiendo los criterios señalados por el Tribunal Supremo *“Siempre deberá tenerse en cuenta que el interés del menor constituye una cuestión de orden público. Se trata de procurar que los derechos fundamentales del niño resulten protegidos y que ello suceda de forma prioritaria y preferente a los de los demás implicados, debido a la falta de capacidad del menor para actuar defendiendo sus propios intereses”*⁴⁹.

La custodia compartida no se incorporó a nuestro derecho positivo hasta la reforma de la Ley 15/2005, que modificó el CC y la LEC. El artículo 92 del CC establece los presupuestos para que pueda acordarse la custodia compartida, aclarado por el Tribunal Supremo que no funciona como una excepcionalidad, sino como el régimen normal, para que el menor pueda relacionarse con ambos progenitores, siempre que no le sea perjudicial. *“La guarda y custodia compartida no puede tratarse de una medida excepcional, sino que al contrario, habrá de considerarse normal e incluso deseable, porque permite que sea efectivo el derecho que los hijos tienen a relacionarse con ambos progenitores, aun en situaciones de crisis, siempre que ello sea posible y en tanto en cuanto lo sea”*⁵⁰

El párrafo quinto de dicho artículo recoge que, *“Se acordará el ejercicio compartido de la guarda y custodia de los hijos cuando así lo soliciten los padres en la propuesta de convenio regulador o cuando ambos lleguen a este acuerdo en el transcurso del procedimiento. Y en el párrafo octavo recalca que “excepcionalmente, aun cuando no se den los supuestos del apartado cinco de este artículo, el Juez, a instancia de una de las partes, con informe **favorable** del Ministerio Fiscal, podrá acordar la guarda y custodia compartida fundamentándola en que sólo de esta forma se protege adecuadamente el interés superior del menor”*

⁴⁸ SILLERO CROVETTO, B., *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, Editorial Juruá, Lisboa, 2014, p. 110.

⁴⁹ Sentencia 823/2012 del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2013

⁵⁰ Sentencia 257/2013 del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2013

Es decir, se necesita al menos una petición por parte de alguno de los cónyuges, y se aplicará uno de los dos párrafos dependiendo si lo solicitan ambos.

Resulta ser bastante común la creencia de que la conflictividad de los cónyuges sea uno de los factores determinantes para el Juez a la hora de decidir el régimen de guarda y custodia de los menores, consideración alejada de la realidad y aclarada por nuestro Tribunal Supremo “*las relaciones entre los cónyuges por sí solas no son relevantes ni irrelevantes para determinar la guarda y custodia compartida. Solo se convierten en relevantes cuando afecten, perjudicándolo, el interés del menor*”⁵¹.

Para determinar el régimen de guarda y custodia, el órgano jurisdiccional solicitará un informe no vinculante al Ministerio Fiscal y tendrá en cuenta las alegaciones de las partes, los deseos del menor, y las circunstancias de su entorno.

Por último, la obligación de prestación de alimentos por parte de los progenitores, incluso habiendo sido privado de la patria potestad, tiene su fundamento en los artículos 110 y 111 del Código Civil, porque dicho deber radica en la relación de filiación. Incluso es una obligación de carácter constitucional, recogida en el artículo 39 CE. Por ello, en el caso de que se produzca el divorcio el Juez debe fijar la parte en la que debe contribuir cada cónyuge y asegurarse que la prestación se cumple de manera efectiva.

La cuantía de los alimentos será proporcionada al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe, tal y como indica el artículo 146 CC, y deberá acomodarse a las circunstancias del momento, pudiendo modificarse en el caso de que haya un cambio sustancial en ellas.

Al tratarse el titular del derecho de alimentos de un menor de edad, en caso de incumplimiento de la prestación, éste no podrá reclamarlos por sí mismo, al no tener capacidad procesal y por ello deberá hacerlo el cónyuge que ostenta su custodia.

No obstante, también existe un deber de alimentos a los hijos mayores de edad, “*Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios*”, como indica el artículo 93 CC.

⁵¹ Sentencia 579/2011 del Tribunal Supremo, de 22 de julio de 2011

5.3.- En relación con la vivienda común

Uno de los puntos más controvertidos dentro del Derecho de Familia es la determinación del uso de la vivienda familiar cuando existe una crisis matrimonial. La regla general es que, en defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponde a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden (artículo 96 CC).

Realmente lo que se trata de proteger es el interés del menor, en virtud de la obligación de los padres de dar habitación a sus hijos, sin ninguna limitación a la atribución del uso de vivienda a los menores mientras sigan siéndolo. Es por ello que el Alto Tribunal formuló la siguiente doctrina: ⁵²“*la atribución del uso de la vivienda familiar a los hijos menores de edad es una manifestación del principio del interés del menor, que no puede ser limitada por el Juez, salvo lo establecido en el art. 96 CC*”. Es decir, que en el caso de que los cónyuges no alcancen acuerdo en este aspecto, el órgano jurisdiccional ponderará los intereses de la parte más desprotegida en función del patrimonio, el número de hijos... y en el caso de que no exista esa parte “necesitada” de protección, el uso de la vivienda se otorgará al propietario.

⁵³La Audiencia Provincial de León aclara que “*la preferencia en el uso de la vivienda familiar se atribuirá en función de lo que sea más conveniente para los hijos e hijas menores y, siempre que fuere compatible con ello, al progenitor que tuviera objetivamente mayores dificultades de acceso a otra vivienda; atribución que tendrá carácter temporal siendo la autoridad judicial la que fije el periodo máximo de dicho uso*”. Si no es posible acreditar cuál de los cónyuges es el más necesitado de protección, se procederá a la liquidación de la sociedad de gananciales⁵⁴.

Continúa el citado artículo aclarando que “*cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes en la del otro, el Juez resolverá lo procedente. No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección*”. Eso sí, para

⁵² Sentencia 236/2011 del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 2011

⁵³ Sentencia 881/2015 de la Audiencia Provincial de León, de 6 de octubre de 2015- ECLI:ES:APLE:2015:881

⁵⁴ Auto 3603/2008 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de junio de 2008, ECLI:ES:APB:2008:3603A

que el cónyuge no titular pueda disponer de la vivienda será necesario bien autorización judicial o bien el consentimiento de ambas partes.

En todo caso, la atribución de vivienda familiar tendrá carácter temporal hasta que cese la obligación de prestar alimentos a los hijos.

5.4.- En relación con los bienes y cargas comunes

Como comentábamos anteriormente, el Convenio Regulador del divorcio debe contener una relación exhaustiva de los bienes, incluyendo, el valor que se le da a cada inmueble, a ser posible, los datos registrales de cada bien (señalando página, tomo...) así como el estado de las posibles cargas que pudieran existir y el estado de las mismas.

Una vez designados los bienes, se dejará clara la adjudicación de los mismos de la manera más igualitaria posible, para evitar problemas de exceso de adjudicación.

Es por ello que podría darse la situación de que sea necesaria una compensación por desequilibrio económico, la conocida “pensión compensatoria”, definida por el Tribunal Supremo como *“una prestación económica a favor de un esposo y a cargo del otro tras la separación o divorcio del matrimonio, cuyo reconocimiento exige básicamente la existencia de una situación de desequilibrio o desigualdad económica entre los cónyuges o ex cónyuges, -que ha de ser apreciada al tiempo en que acontezca la ruptura de la convivencia conyugal y que debe traer causa de la misma-, y el empeoramiento del que queda con menos recursos respecto de la situación económica disfrutada durante el matrimonio”*⁵⁵.

Cabe aclarar que este derecho está sometido a los principios de la autonomía de la voluntad de los esposos y al de rogación en su aspecto procesal, pudiendo ser renunciada, lo que conlleva su imposibilidad de fijación de oficio.

Por otra parte, el Código Civil en los artículos 90 y 91 imponen a los cónyuges la obligación de contribuir a las cargas del matrimonio, entendiendo como tales *“el sostenimiento de la familia, la alimentación y educación de los hijos comunes y las atenciones de previsión acomodadas a los usos y a las circunstancias de la familia, la adquisición, tenencia y disfrute de los bienes comunes, la administración*

⁵⁵ Sentencia 4821/2009 del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2009

ordinaria de los bienes privativos de cualquiera de los cónyuges y la explotación regular de los negocios o el desempeño de la profesión, arte u oficio de cada cónyuge. (Artículo 1362 del Código Civil).

Se debe fijar la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio, incluidas las litis expensas (gastos derivados del procedimiento judicial matrimonial), y establecer las medidas cautelares convenientes como garantías, depósitos o retenciones a fin de asegurar la efectividad de lo que por estos conceptos un cónyuge haya de abonar al otro. Se considerará contribución a dichas cargas el trabajo que uno de los cónyuges dedicará a la atención de los hijos comunes sujetos a patria potestad. (Artículo 103 CC).

El Tribunal Supremo especifica que *“no constituye carga del matrimonio el préstamo hipotecario destinado a la adquisición de la vivienda familiar”*⁵⁶.

A partir de la sentencia de divorcio, la sociedad de gananciales queda disuelta, de forma que los bienes y deudas que adquiera a partir de ese momento cada uno de los cónyuges serán privativos, pero el reparto de los bienes no es automático.

Respecto a los bienes propios o privativos de los cónyuges se establece que habrá de determinarse *“el régimen de administración y disposición de aquellos bienes privativos que por capitulaciones o escritura pública estuvieran especialmente afectados a las cargas del matrimonio”*. (Artículo 103 CC).

El artículo 1375 CC indica que los propios cónyuges en capitulaciones matrimoniales pueden atribuir las normas de administración de los bienes comunes, bien atribuyéndolas a uno de los cónyuges o especificar qué bienes administrará cada uno de ellos.

6.- DISOLUCIÓN DE LA SOCIEDAD DE GANANCIALES. TRAMITACIÓN PROCESAL

6.1.- La extinción del régimen económico matrimonial: art. 95 CC

Conforme al artículo 95 del Código Civil, *“La sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución*

⁵⁶ Sentencia 516/2016 del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016

o extinción del régimen económico matrimonial”. La sentencia firme es aquella contra la que no cabe recurso alguno, ya sea por su propia naturaleza, o bien por haberlo consentido las partes.

Existen varios momentos en los que podría entenderse disuelta la sociedad de gananciales, pero, como establece ⁵⁷REYES GALLUR, “*el criterio mayoritario parte del hecho de que es la sentencia dictada en el proceso matrimonial la que de conformidad con el Código Civil es la que disuelve la sociedad de gananciales*”.

Numerosas sentencias apoyan dicho criterio, como la de 13 de enero de 2020 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real: “*Y ese momento es el de la firmeza de la sentencia, pues conforme al artículo 95 del Código Civil "la sentencia firme producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución del régimen económico matrimonial". En principio, pues la fecha a tener en cuenta como momento de disolución de la sociedad de gananciales es la de la sentencia de Divorcio*”⁵⁸.

El artículo 1392 del Código Civil establece las causas de conclusión de la sociedad de gananciales, entre las que se encuentra la disolución del matrimonio. Es decir, hasta que el régimen económico matrimonial no se extinga por sentencia firme, resultará vigente durante la tramitación del proceso.

Es por ello que el artículo 103.4 del Código Civil autoriza a que se adopten medidas judiciales de disposición y administración de bienes gananciales, presuponiendo que el régimen económico matrimonial aún no está extinguido.

En este sentido la Audiencia Provincial de Málaga aclara que “*en la medida que disuelta ya la sociedad, como recuerda el Tribunal Supremo, en Sentencias de 19 de junio y 31 de diciembre de 1991, los bienes y derechos integrantes del caudal conyugal quedan sometidos, en tanto se procede a su liquidación y adjudicación, al régimen de la comunidad de bienes regulada en los artículos 392 y siguientes del Código Civil, es decir, surge una comunidad postganancial ajena a la sociedad ganancial que viene a regularse por las normas de la comunidad ordinaria de bienes*”⁵⁹”

⁵⁷ REYES GALLUR, J.J., *La liquidación del régimen de gananciales y separación de bienes: aspectos procesales y sustantivos*. Thomson Reuters, Editorial Aranzadi. primera edición, Madrid, 2015, p.51

⁵⁸ Sentencia 160/2020 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 13 de enero de 2020, sección 2, ECLI:ES:APCR:2020:160

⁵⁹ Sentencia 280/2019 de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 27 de marzo de 2019

Distinto de la disolución del régimen de gananciales es el momento de la liquidación de la sociedad, la cual tendrá lugar cuando los cónyuges lo decidan, debiendo acudir para ello a los artículos 806 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, salvo que se proceda a liquidar el régimen económico matrimonial de mutuo acuerdo, previsto en el artículo 95, conforme a lo establecido en el convenio regulador.

Dispone el artículo 806 de la LEC que *“La liquidación de cualquier régimen económico matrimonial que, por capitulaciones matrimoniales o por disposición legal, determine la existencia de una masa común de bienes y derechos sujeta a determinadas cargas y obligaciones se llevará a cabo, en defecto de acuerdo entre los cónyuges, con arreglo a lo dispuesto en el presente capítulo y a las normas civiles que resulten aplicables.*

En la práctica no resulta ser infrecuente que dicha liquidación se alargue en el tiempo, con los problemas que ello conlleva para declarar la naturaleza privativa o ganancial de los bienes.

En el caso de fallecimiento de uno de los cónyuges en el tiempo que transcurre entre la disolución de la sociedad de gananciales y su liquidación, para promover ésta resultarán legitimados, además de los cónyuges, los herederos del cónyuge fallecido.

Podríamos preguntarnos a qué momento debe referirse el patrimonio ganancial en el momento de proceder a su liquidación. A ello responde el Tribunal Supremo *“el patrimonio ganancial queda fijado en el momento en que se produce la disolución, con los ajustes previstos en la ley y la liquidación se refiere a la situación existente en el momento de dictarse la sentencia de separación⁶⁰”*.

Antes de tratar los dos siguientes apartados, vamos a relatar de manera rápida como debe hacerse la liquidación de la sociedad de gananciales, para lo cual se señala como punto de partida la realización de un inventario del activo y pasivo de la sociedad.

El artículo 1397 del Código Civil establece que en el activo habrán de comprenderse *“1º Los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución. 2º El importe actualizado del valor que tenían los bienes al ser enajenados por negocio ilegal o fraudulento si no hubieran sido recuperados, y 3º El importe actualizado de las cantidades pagadas por la sociedad que fueran de cargo sólo de un cónyuge y en general las que constituyen créditos de la sociedad contra éste”*.

⁶⁰ Sentencia 1222/2007 del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2007

Debe entenderse, por tanto, y en consonancia con el artículo 1344 del CC, que se deben incluir en el activo los bienes gananciales existentes atendiendo al momento de la disolución y no al de la liquidación. El artículo 1361 CC presume gananciales los bienes existentes en el matrimonio mientras no se pruebe que pertenecen privativamente a uno de los dos cónyuges. (presunción iuris tantum).

6.2.- La liquidación de la sociedad de gananciales en convenio regulador

Cuando los cónyuges han decidido finalizar su relación, lo siguiente que debe hacerse es repartir los bienes y las deudas que se adquirieron de manera conjunta mientras existía el vínculo matrimonial.

Establece REYES GALLUR que *“si existe acuerdo entre las partes, ese reparto no presentará demasiados problemas, y podrá realizarse acudiendo a alguna de las siguientes modalidades: otorgando escritura notarial de liquidación, incluyendo la liquidación en el convenio regulador de su separación o divorcio, o acudiendo al proceso judicial”⁶¹*.

Como establece el artículo 91 del Código Civil, el convenio regulador contendrá, cuando proceda, la liquidación del régimen económico del matrimonio.

En este sentido, el convenio constituye una especie de título de propiedad de los bienes, debiendo estar redactado de manera clara, haciendo una descripción detallada de cada bien, para evitar problemas posteriormente en las inscripciones registrales. No sirve una mera referencia o indicación de los bienes.

En cuanto a la cuestión de si es obligatorio liquidar la sociedad de gananciales en el convenio regulador, la DGRN responde que *“aunque la liquidación puede hacerse en el convenio regulador, ello*

⁶¹ JUAN JOSÉ REYES GALLUR, *la liquidación del régimen de gananciales y separación de bienes: aspectos procesales y sustantivos*. Thomson Reuters, Editorial Aranzadi, primera edición, Madrid, 2015, p.51.

no implica que deba hacerse necesariamente en el mismo, pues el artículo 90 Código Civil no la impone con carácter obligatorio⁶²”

Cuando se dicte sentencia aprobando el convenio regulador, podrá solicitarse al juzgado la expedición de un testimonio de la misma con expresión de tal aprobación, y en consecuencia de su firmeza, que será título suficiente para proceder a su inscripción. Se presentará también en la oficina liquidadora del Impuesto de Transmisiones Patrimoniales y Actos Jurídicos Documentados.

Es preciso tener en cuenta que puede haber convenios que traten de mantener uno o varios bienes indivisos, principalmente la vivienda, para venderla y repartir la cuantía, pero la respuesta de la justicia ha sido contraria a tal pretensión. La ⁶³Audiencia Provincial de Madrid considera que *“el acto de liquidación del acervo común no consiste en vender los bienes y repartirse el precio obtenido, sino en adjudicar a cada cónyuge los bienes que le correspondan en pago de su haber en la liquidación, sin perjuicio del legítimo derecho de cada uno de los cónyuges para disponer de los bienes que le han sido adjudicados en la liquidación en la forma que estime conveniente.*

También ha existido controversia frente al supuesto de que el convenio o acuerdo privado no sea posteriormente homologado judicialmente. El Tribunal Supremo considera que *“no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa y no hay ningún motivo de invalidez. No lo hay tampoco para su eficacia, pues si carece de aprobación judicial, ello le ha impedido ser incorporado al proceso y producir eficacia procesal, pero no la pierde como negocio jurídico⁶⁴”*, doctrina adoptada desde 1997.

Eso quiere decir que sí están reconocidos plenos efectos entre partes del pacto privado de liquidación de sociedad de gananciales, pero teniendo en cuenta que para que surta efectos frente a terceros, será necesaria su inscripción en el Registro de la Propiedad, y por ende elevarlo a escritura pública, requisito ineludible exigido por la Ley Hipotecaria para la inscripción.

⁶² Resolución de 16 de octubre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, «BOE» núm. 269, de 6 de noviembre de 2017, páginas 106173 a 106178

⁶³ Auto 7625/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, de 27 de mayo de 2008, ECLI:ES:APM:2008:7625A

⁶⁴ Sentencia 3485/2018 del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2018

6.3 La liquidación de la sociedad de gananciales contenciosa

Es el procedimiento necesario para lograr el reparto de bienes, derechos y obligaciones comunes adquiridos por el matrimonio cuando no existe acuerdo. Se sustenta en dos fases muy diferenciadas. La primera de ellas consiste en la realización del inventario de la sociedad de gananciales, es decir, comenzar a determinar lo que pertenece a la misma y lo que no, realizando propuestas y decidiendo en juicio si fuera necesario. La segunda fase es la liquidación de la sociedad en sentido estricto, llevando a cabo un reparto equitativo de tales bienes, derechos y obligaciones

Una vez se entiende disuelta la sociedad de gananciales con la firmeza de la sentencia de divorcio y entendido el asunto de la legitimación tratado anteriormente, se inicia el procedimiento para liquidar la sociedad de gananciales con la solicitud de inventario mediante un escrito, sin necesidad de tener éste la forma de demanda, conteniendo dicho escrito el activo y el pasivo de dicha sociedad, siguiendo lo establecido en los artículos 1397 y 1398 del Código Civil.

El artículo 808.2 del CC establece, *“La solicitud a que se refiere el apartado anterior deberá acompañarse de una propuesta en la que, con la debida separación, se harán constar las diferentes partidas que deban incluirse en el inventario con arreglo a la legislación civil. A la solicitud se acompañarán también los documentos que justifiquen las diferentes partidas incluidas en la propuesta.*

Es crucial la determinación de los bienes de la sociedad de gananciales en esta primera fase, pues no es posible incluir nuevas partidas en otro momento.

Añade REYES GALLUR sobre este particular que *“cuando el cónyuge solicitante no tenga en su poder los citados documentos podrá hacer uso de las diligencias preliminares del artículo 256, o las medidas de aseguramiento del artículo 297, pero siempre que dicha documentación sea inaccesible al cónyuge solicitante⁶⁵”.*

⁶⁵ REYES GALLUR, J.J., op.cit., p.65.

Es frecuente que entre los cónyuges surja controversia acerca de la inclusión o no de alguno de los bienes en dicha sociedad, es decir, de si tiene consideración de ganancial o privativo. En este caso se citará a los interesados a una vista, en la que podrán alegar lo que estimen conveniente al respecto, así como practicar las pruebas que estimen pertinentes para demostrar la veracidad de sus alegaciones.

Cabe aclarar que el objeto de este proceso es la determinación de los bienes que se incluyen en el inventario, pero no declarar la privación de los mismos.

A este juicio verbal habrán de concurrir los cónyuges, no pudiendo ser sustituidos por la representación del Procurador a pesar de la necesidad de postulación. Su ausencia a la misma será penalizada, pues la no comparecen supondrá tener como cierta la propuesta realizada por el otro cónyuge.

Existen además una serie de normas de administración y disposición de los bienes, como ya hemos ido viendo, reguladas en el artículo 1394 del Código Civil. En el caso de que existan discrepancias sobre las mismas, será el Juez el encargado de determinar el modo de proceder en la administración.

La regla general está prevista en el 1375 del CC, es decir, se prefiere una administración conjunta por ambos cónyuges en defecto de pacto en capitulaciones. No obstante, nuestra legislación ofrece una serie de garantías como la necesidad de consentimiento de ambos cónyuges para ciertos actos de disposición, el deber de información, o responsabilidad especial ante actos que causen un perjuicio al otro cónyuge.

La fase de liquidación se abre a instancia de parte, nunca podrá hacerse de oficio y, como ya hemos señalado anteriormente, deberá acompañarse la solicitud con una propuesta de liquidación, lo que se conoce como un borrador de cuaderno particional, donde se adjudiquen los bienes y derechos a cada uno de los cónyuges, dándose traslado de traslado de la misma a la otra parte.

El Juez tratará de que haya acuerdo entre las partes cuando se les cite a una comparecencia, pudiendo acudir los acreedores que tengan su derecho documentado en un título ejecutivo.

Si no se alcanza acuerdo, se deberá designar un contador partidador y un perito, como se recoge en el artículo 784 de la LEC.

El artículo 785 de la LEC señala que *“elegidos el contador y los peritos, en su caso, previa aceptación, el Letrado de la Administración de Justicia entregará los autos al primero y pondrá a disposición de éste y de los peritos cuantos objetos, documentos y papeles necesiten para practicar el inventario, cuando éste no hubiere sido hecho, y el avalúo, la liquidación y la división del caudal hereditario”*.

El precepto siguiente artículo de la LEC impone al contador partidador un plazo de dos meses para que presente las operaciones divisorias, desde que fueron iniciadas. Expresará la relación de los bienes que forman el patrimonio ganancial, el avalúo de los mismos, y la liquidación del caudal, su división y adjudicación a cada uno de los cónyuges.

Haciendo un inciso diremos que el contador partidador es una figura distinta al perito, es un delegado de las partes que cuenta con plenos poderes para efectuar la partición, sin más limitaciones que las establecidas por ley y cuyas decisiones es obligatorio acatar. En el caso de que el contador se extralimitase en sus funciones y actuase de mala fe, la partición realizada será nula.

El contador deberá respetar los criterios que rigen también las particiones hereditarias, como por ejemplo el criterio de equidad y ponderación, y tratando de hacer la adjudicación de la manera más igualitaria posible. El artículo 1061 del CC recoge este último principio dictaminando que *“En la partición de la herencia se ha de guardar la posible igualdad, haciendo lotes o adjudicando a cada uno de los coherederos cosas de la misma naturaleza, calidad o especie”*.

No obstante, no puede exigirse una igualdad milimétrica, sino que más bien dicho precepto aboga por una igualdad cualitativa. Sobre esta igualdad de lotes, el Tribunal Supremo ha aclarado en sus resoluciones que *“la jurisprudencia ha interpretado que la igualdad de lotes a que se refiere el art. 1061 CC no es matemática o absoluta sino una recomendación, porque en cada caso hay que valorar las particulares condiciones de los bienes que integran el caudal y de los partícipes e interesados en la partición; el art. 1062 CC permite atribuir a uno de los partícipes los bienes, compensando al otro en dinero o con otros bienes”*⁶⁶.

⁶⁶ Entre otras, Sentencia 2502/2020 del Tribunal Supremo, de 28 de julio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2502

En cuanto al modo de proceder del contador partidor, el mismo deberá tener en cuenta el establecido en las propuestas de liquidación en virtud del principio de congruencia. En este sentido resuelve la Audiencia Provincial de Oviedo “*el principio de congruencia, que es sabido se mide por la adecuación entre la parte dispositiva de la sentencia y los términos en que los litigantes han formulado sus pretensiones y peticiones, de manera que no puede la decisión otorgar más de lo pedido, pero tampoco menos de lo admitido por el demandado ni otorgar cosa distinta*”⁶⁷.

Es necesario traer a colación en este momento lo analizado anteriormente de que no es posible adjudicar un bien proindiviso a las partes, pues obligaría a iniciar un nuevo proceso de división, por lo que las soluciones son bien la venta en subasta pública o bien obligar a que uno de los cónyuges compense a otro por el exceso de adjudicación.

De igual manera, y tal y como ocurre en la división de una finca, el contador deberá procurar la excesiva división de las fincas, siguiendo la normativa civil dedicada al efecto.

Por último, el artículo 787 de la LEC incluye la aprobación de las operaciones divisorias, trámite necesario que se llevará a cabo una vez se haya dado traslado de las mismas a las partes, concediéndolas un plazo de 10 días para que puedan formular oposición.

Pasado dicho término sin hacerse oposición o después de que los interesados hayan manifestado su conformidad, el Letrado de la Administración de Justicia dictará decreto aprobando las operaciones divisorias, mandando protocolizarlas. Si en la comparecencia se alcanzara la conformidad de todos los interesados respecto a las cuestiones promovidas, se ejecutará lo acordado y el contador partidor hará en las operaciones divisorias las reformas convenidas.

En el caso de que no se alcance dicha conformidad, las partes serán oídas por el Tribunal y podrán proponer prueba, en los mismos términos del juicio verbal. El Juez dictará sentencia resolviendo sobre las cuestiones controvertidas respecto de la división realizada por el contador partidor, determinando si es o no correcta.

⁶⁷ Sentencia 2159/2012 de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6, de 16 de julio de 2012, ECLI:ES:APO:2012:2159

El artículo 787 en su párrafo quinto recalca que *“La sentencia que recaiga se llevará a efecto con arreglo a lo dispuesto en el artículo siguiente, pero no tendrá eficacia de cosa juzgada, pudiendo los interesados hacer valer los derechos que crean corresponderles sobre los bienes adjudicados en el juicio ordinario que corresponda”*.

CONCLUSIONES

Desde el año 1932 se han ido sucediendo regulaciones y reformas acerca del procedimiento de divorcio hasta que ha llegado a ser como hoy en día lo conocemos. España fue de los primeros países en legalizar el divorcio, y desde 1981 no se ha dado un paso atrás en la regulación de esta institución. La legislación de antes de la Ley 5/2005 no es tan diferente a la actual, aunque sí se han dejado atrás los conceptos del “cónyuge culpable” y el “cónyuge víctima”, así como la necesidad de alegar una causa previamente tasada para instar el divorcio.

A lo largo de todo este proceso de producción normativa se deja ver el deseo latente del legislador del progreso de este procedimiento hasta convertir la voluntad de los cónyuges en el epicentro del mismo y no exigencias estatales externas. Se dio paso a esta nueva concepción de la disolución del vínculo matrimonial a pesar de la oposición manifiesta del Consejo General del Poder Judicial, que consideraba que el divorcio unilateral sin causa es realmente excepcional.

La Regulación actual se encuentra principalmente en el Capítulo VIII del Código Civil, “De la disolución del matrimonio” que comprende los artículos 85 a 89, y el procedimiento previsto para el divorcio en la Ley de Enjuiciamiento Civil

En cuanto al concepto del divorcio, no ofrece el Código Civil una definición del mismo, pero no existe demasiada controversia doctrinal sobre este particular. Podemos concluir que es una causa de disolución de un matrimonio válidamente celebrado en virtud de una sentencia, un decreto o una escritura pública ante Notario, no siendo válido el divorcio de hecho. No debe confundirse con la nulidad o la separación, pues dicha declaración invalida “ex tunc” los efectos del negocio jurídico matrimonial, es decir, que son retroactivos al momento de la

celebración de la nupcia. La separación, por su parte, aunque tenga efectos “ex nunc” desde el momento de la disolución se diferencia del divorcio en que tras una separación permanece el vínculo matrimonial, pero no tras un divorcio.

Además de acudir a un procedimiento judicial, tal y como establece el artículo 82 del Código Civil, los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario.

En cuanto a la posibilidad de que se pueda decretar el divorcio ante Notario mediante escritura pública y la consecuente controversia doctrinal acerca de ello, no lo considero un error, ya que efectivamente forman parte de los poderes públicos, cuyo deber es salvaguardar los intereses de los hijos y de la parte más débil del negocio del que otorgan fe publica, que en este caso sería el convenio regulador. Aunque si bien es cierto que las posibilidades de que conozca un notario del divorcio son escasas, pienso que para que se haga efectiva la descongestión de nuestros tribunales deberían verse ampliadas sus competencias en esta institución, aun respetando los aspectos que necesitan ratificación judicial.

De manera sintética, existen dos “tipos” de divorcio: de mutuo acuerdo, solicitado por ambos cónyuges o uno de ellos con el consentimiento del otro, presentándose una propuesta de convenio regulador junto con la demanda, que debe contener unos pronunciamientos específicos, o solicitado de manera unilateral por uno de los cónyuges, dando lugar a un divorcio contencioso.

En este último caso, el procedimiento comienza con la interposición de la demanda seguido de la adopción de medidas previas o coetáneas pertinentes, donde se deben relatar los hechos y acompañarlos de una fundamentación jurídica, así como la pretensión principal de ejercitar la acción de divorcio. El plazo para la contestación es de veinte días y se realizará conforme a los trámites previstos para el juicio verbal. Se deberán probar únicamente los hechos controvertidos, y finalizada la fase de alegaciones, el siguiente paso a seguir es la celebración de la vista, a la que deberán asistir las partes con sus Procuradores y Letrados, donde se llevará a cabo la proposición y práctica de la prueba. Posteriormente, el tribunal dispondrá de diez días para dictar sentencia. Debe tenerse en cuenta también que en ciertos casos es

necesario que el interés público esté protegido por medio de intervención del Ministerio Fiscal.

Cabe destacar también los efectos de la sentencia de divorcio. La misma es constitutiva, pues sin ella no habría divorcio, y produce efectos desde que esta adquiere firmeza, siendo oponible frente a terceros de buena fe a partir de su inscripción en el Registro Civil. Además, la sentencia producirá la disolución del régimen económico matrimonial. En cuanto a los hijos, todas las medidas deben responder al principio del “favor filii” y salvaguardar, tal y como indica nuestro Tribunal Supremo, el interés del menor, y salvo excepciones se aplicará el régimen de guarda y custodia compartida. En relación con la vivienda común, el órgano jurisdiccional ponderará los intereses de la parte más desprotegida en función del patrimonio, el número de hijos... y en el caso de que no exista esa parte “necesitada” de protección, el uso de la vivienda se otorgará al propietario.

Se puede apreciar a lo largo del trabajo que la regulación del divorcio es suave, en cuanto a que en cada paso del procedimiento se busca un acercamiento entre cónyuges en aras de llegar a un acuerdo, tanto en las medidas anteriores al juicio como en las posteriores, incluso se da la posibilidad de transformar el procedimiento contencioso en uno de mutuo acuerdo, o que el régimen prioritario en cuanto a los hijos de los cónyuges divorciados sea el de la custodia compartida, salvo excepciones.

En cuanto a la disolución de la sociedad de gananciales, la misma quedara disuelta a partir de la sentencia de divorcio. Se señala como punto de partida la realización de un inventario del activo y pasivo de la sociedad. Podrá realizarse la liquidación bien a través del convenio regulador, o una liquidación contenciosa. En este último caso, tras la realización del inventario se llevará a cabo la liquidación de la sociedad en sentido estricto, a instancia de parte, llevando a cabo un reparto equitativo de tales bienes, derechos y obligaciones.

En numerosas ocasiones se ha planteado la cuestión de la duración de un proceso de divorcio. Esta problemática, como la mayoría de las cuestiones jurídicas, va acompañada de una incertidumbre reflejada en la palabra “depende”, pues hay que contemplar la situación económica de los cónyuges, el número de hijos, y un largo etcétera.

Partimos, sobretodo, de la base de que se trata de un procedimiento lleno de formalidades, pero también de sentimientos. Es complicado enfrentarse a él tanto para los cónyuges como para los hijos y el resto del entorno familiar. Para ello, además de intentar lograr el máximo consenso posible, resultaría preciso apelar a la especial necesidad de sensibilidad por parte de los profesionales que intervienen en el proceso y que el mismo se resolviera de la forma menos lesiva para todos los intervinientes.

LEGISLACION

- Constitución Española de 1931
- Constitución Española de 1978
- Ley del Divorcio de 2 de marzo de 1932
- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio
- Decreto de 2 de junio de 1944 por el que se aprueba con carácter definitivo el Reglamento de la organización y régimen del Notariado.
- Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el Código Civil y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio
- Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial
- Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
- Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio.

BIBLIOGRAFÍA

- ALVAREZ, BLANDINO y SÁNCHEZ: *Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, 2º edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- CALAZA LÓPEZ, S., “El proceso consensual de separación y divorcio”, *Revista de derecho Uned*, núm. 5, 2009

- CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “*Separaciones y divorcios ante notario*”, 1ª Edición REUS S.A, Madrid, 2016.
- GARCÍA PÉREZ, J. E., y DÍAZ PITA, M.P., “tramitación de las separaciones y divorcios ante notario, y sus posibles consecuencias procesales” en “*Separaciones y divorcios ante notario*” 2º edición. Valencia, Tirant lo Blanch 2016.
- MIGUEL SÁEZ, L., “Aproximación al estudio comparado de la prueba pericial en los procesos de familia desde el ordenamiento civil y canónico”, *Tesis Doctoral*, Universidad Complutense de Madrid, 2017.
- PEREZ GALVAN, M., “Encuentro de Jueces y Abogados de Familia: incidencia de la Ley de Enjuiciamiento Civil en los procesos de familia”, seminario organizado por el Consejo General del Poder Judicial y la Asociación Española de Abogados de Familia”, celebrado en Madrid los días 17 a 19 de noviembre de 2003. *Revista Digital La Toga* 148, May/Jun 2004.
- PÉREZ MARTÍN, A. J., *Tratado de Derecho de Familia: procedimiento contencioso de separación, divorcio y nulidad. Uniones de hecho. Otros Procedimientos contenciosos. Aspectos procesales*. 2ª Edición, Lex Nova 2011.
- PÉREZ MARTÍN, A. J. (1997): *El procedimiento contencioso de separación y divorcio*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1997.
- PEREZ TORTOSA, F., “Proceso y nulidad matrimonial canónica”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, Volumen I – Número 6 – marzo de 2010
- PODER JUDICIAL ESPAÑA, “Informe al Anteproyecto de la de modificación del Código civil en materia de separación y divorcio”, disponible en <https://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder-Judicial/Consejo-General-del-Poder-Judicial/Actividad-del-CGPJ/Informes/Informe-al-Anteproyecto-de-Ley-de-modificacion-del-Codigo-Civil-en-materia-de-separacion-y-divorcio>
- RODRÍGUEZ ADRADOS, A., “Los componentes públicos de la función notarial”, *Revista Jurídica del Notariado* nº25, enero-marzo, 1997

- RODRÍGUEZ DÍAZ, E.M., “El divorcio notarial en España (perspectiva de Derecho Comparado y problemática de la actual regulación)”, *Revista Jurídica de Asturias*, n°41, 2018, y en <https://reunido.uniovi.es/index.php/RJA/article/view/12898>
- RODRIGUEZ SERRADOR, S., y SERRANO GARCIA, R., “El divorcio en Valladolid durante la Segunda República”, en *Revista electrónica Investigaciones históricas de época moderna y contemporánea*, n°39 ,2019.
- REYES GALLUR, J. J., *La liquidación del régimen de gananciales y separación de bienes: aspectos procesales y sustantivos*, Editorial Aranzadi. primera edición, 2015.
- SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, A., “La modificación del Código Civil en materia de separación y divorcio por la ley 15/2015”, en *Revista electrónica Universidad de Murcia* n°23, 2005.
- SILLERO CROVETTO, B.,*Las crisis matrimoniales: nulidad, separación y divorcio*, editorial Juruá. Lisboa, 2014.
- VILALTA NICUESA, A.E. y MÉNDEZ, M., *Divorcio de mutuo acuerdo*, segunda edición, Editorial Bosch S.A, Barcelona 2000

JURISPRUDENCIA

Tribunal Constitucional

- Sentencia 184/1990 del Tribunal Constitucional de 15 de noviembre
- Sentencia 89/1995 del Tribunal Constitucional, de 6 de junio de 1995, ECLI:ES:TC:1995:89

Tribunal Supremo

- Sentencia 325/1997 del Tribunal Supremo, de 22 de abril de 1997
- Sentencia 1183/1998 del Tribunal Supremo, de 21 de diciembre de 1998
- Sentencia 94/1999 del Tribunal Constitucional, de 31 de mayo de 1999
- Sentencia 1108/1999 del Tribunal Supremo, de 6 de septiembre de 1999
- SAP de Barcelona, Sección 12, de 22 de diciembre de 1999.
ECLI:ES:APB:1999:13739
- Auto 41/2003 de la Audiencia Provincial de Córdoba, de 23 de enero de 2003,
ECLI:ES:APCO:2003:41^a
- Sentencia 3302/2003 de la Audiencia Provincial de Alicante, de 7 de noviembre de 2003, ECLI:ES:APA:2003:3302
- SAP de Madrid de 9 de enero de 2004, 9/2004 - ECLI:ES: APM:2004:9
- SAP de Málaga, Sección 5^a, de 30 de enero de 2006
- SAP Barcelona, Sección 18^a, de 1 de marzo de 2007, 365/2007 –
ECLI:ES:APB:2007:635
- Sentencia 1222/2007 del Tribunal Supremo, de 28 de noviembre de 2007
- Auto 7625/2008 de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 22, de 27 de mayo de 2008, ECLI:ES:APM:2008:7625A
- Auto 3603/2008 de la Audiencia Provincial de Barcelona, de 5 de junio de 2008, ECLI:ES:APB:2008:3603^a
- Sentencia 4821/2009 del Tribunal Supremo, de 17 de julio de 2009

- Sentencia 236/2011 del Tribunal Supremo, de 14 de abril de 2011
- Sentencia 579/2011 del Tribunal Supremo, de 22 de julio de 2011
- Sentencia 625/2011 del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 2011, ECLI:ES:TS:2011:5855
- Sentencia 823/2012 del Tribunal Supremo, de 31 de enero de 2012
- Sentencia 2159/2012 de la Audiencia Provincial de Oviedo, Sección 6, de 16 de julio de 2012, ECLI:ES:APO:2012:2159
- Sentencia 257/2013 del Tribunal Supremo, de 20 de abril de 2013
- Sentencia 203/2015 del Tribunal Supremo, de 16 de abril de 2015.
- Sentencia 881/2015 de la Audiencia Provincial de León, de 6 de octubre de 2015- ECLI:ES:APLE:2015:881
- Sentencia 516/2016 del Tribunal Supremo de 21 de julio de 2016
- Sentencia 18/2018 del Tribunal Supremo, de 15 de enero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:41
- Sentencia 3485/2018 del Tribunal Supremo, de 15 de octubre de 2018
- Sentencia 615/2018 del Tribunal Supremo, de 7 de noviembre de 2018, ECLI:ES:TS:2018:3739
- Sentencia 280/2019 de la Audiencia Provincial de Málaga, Sección 6ª, de 27 de marzo de 2019
- Sentencia 160/2020 de la Audiencia Provincial de Ciudad Real, de 13 de enero de 2020, sección 2, ECLI:ES:APCR:2020:160
- Sentencia 2502/2020 del Tribunal Supremo, de 28 de julio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2502

Dirección General de los Registros y del Notariado

- Resolución de 16 de octubre de 2017, de la Dirección General de los Registros y del Notariado, «BOE» núm. 269, de 6 de noviembre de 2017, páginas 106173 a 106178