

LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

THE PROCESSES OF SEPARATION, NULLITY AND DIVORCE

GRADO EN DERECHO

JUNIO DE 2020

AUTOR: MIGUEL ÁNGEL GARCÍA CERVILLA

DIRECTORA: LUCÍA MORENO GARCÍA

RESUMEN: Este trabajo aborda el estudio de los aspectos sustantivos y procesales en lo referente a las cuestiones relativas a las crisis matrimoniales (nulidad, separación y divorcio). Este trabajo está realizado desde una perspectiva positivista del derecho e intenta esclarecer algunas dudas al respecto sobre las crisis matrimoniales en la actualidad. Además del tratamiento sustantivo sobre la materia, este estudio abarca la parte procesal de este tipo de procesos de crisis matrimoniales.

ABSTRACT: *In this work has carried out the study of the substantive and procedural aspects in relation to issues related to marital crises (nullity, separation and divorce). The work was elaborated since a positivist perspective of the law and tries to clarify some doubts about the current marriage crisis. This work also addresses in addition to the substantive treatment on the subject, the procedural parts of this type of marriage crisis processes.*

ÍNDICE

I.	SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	1
II.	INTRODUCCIÓN.....	2
III.	LAS CRISIS MATRIMONIALES.....	3
1.	Nulidad del matrimonio.....	3
1.1.	Concepto, regulación y causas de nulidad.....	3
1.2.	La acción de nulidad y legitimación.....	5
1.3.	Modalidades.....	6
1.4.	Efectos.....	7
2.	Separación.....	7
2.1.	Concepto, regulación y características.....	7
2.2.	Modalidades.....	8
2.3.	Efectos.....	11
2.4.	Reconciliación tras la separación.....	12
3.	Divorcio.....	12
3.1.	Concepto, regulación y características.....	12
3.2.	Modalidades.....	14
3.3.	Efectos.....	15
4.	Efectos comunes a la nulidad matrimonial, separación y divorcio.....	15
5.	Medidas provisionales.....	24
IV.	LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL.....	26
1.	Competencia judicial.....	26
1.1.	Competencia judicial internacional.....	26
a)	Reglamentos 2019/1111, de 25 de junio de 2019 y 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003.....	26
b)	Derecho interno.....	29
1.2.	Jurisdicción por razón del objeto.....	30
1.3.	Competencia objetiva.....	30
1.4.	Competencia territorial.....	32

2.	Procesos de separación o divorcio contenciosos y de nulidad del matrimonio	34
2.1.	Legitimación.....	34
2.2.	Demanda de nulidad, separación y divorcio	36
2.3.	Contestación a la demanda.....	37
2.4.	Tramite de la vista	37
2.5.	Pruebas	38
2.6.	Transformación de un proceso contencioso a un proceso de mutuo acuerdo 38	
2.7.	Medidas provisionales previas a la demanda	39
2.8.	Confirmación o modificación de las medidas provisionales.....	40
2.9.	Medidas provisionales solicitadas en la demanda de nulidad, separación o divorcio.....	40
2.10.	Medidas provisionales solicitadas en la contestación a la demanda	41
2.11.	Cese de las medidas provisionales	41
3.	Medidas definitivas	42
4.	Modificación de medidas definitivas y ejecución forzosa.....	43
4.1.	Modificación de medidas definitivas	43
4.2.	Ejecución forzosa	44
5.	Proceso de separación o divorcio por consenso.....	45
5.1.	Regulación legal, ámbito de aplicación y competencia	45
5.2.	Procedimiento.....	45
6.	Eficacia civil de resoluciones de los tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.	48
V.	CONCLUSIONES	49
VI.	BIBLIOGRAFÍA	50
VII.	WEBGRAFÍA.....	51
VIII.	JURISPRUDENCIA CITADA.....	51

I. SIGLAS Y ABREVIATURAS

<p>AP: Audiencia Provincial</p> <p>Art./s: artículo/s</p> <p>CC: Código Civil</p> <p>FJ: Fundamento Jurídico</p> <p>JVM: Juzgado de Violencia sobre la Mujer</p> <p>LAJ: letrado Administración de Justicia</p> <p>LEC: Ley Enjuiciamiento Civil</p> <p>LOPJ: Ley Orgánica del Poder Judicial</p> <p>MF: Ministerio Fiscal</p> <p>p./pp.: página/s</p> <p>RAE: Real Academia de la Lengua Española</p>	<p>RB I BIS: Reglamento (UE) 1215/2012, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil</p> <p>RB II BIS: Reglamento (CE) 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental</p> <p>SAP: Sentencia de la Audiencia Provincial</p>	<p>SJVM: Sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer</p> <p>STC: Sentencia del Tribunal Constitucional</p> <p>STSJ: Sentencia del Tribunal Superior de Justicia</p> <p>STJUE: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea</p> <p>STS: Sentencia del Tribunal Supremo</p> <p>TC: Tribunal Constitucional.</p> <p>TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea</p> <p>TS: Tribunal Supremo</p> <p>TSJ: Tribunal Superior de Justicia</p>
--	--	---

II. INTRODUCCIÓN

Este trabajo versa sobre los procesos de separación, divorcio y nulidad matrimonial, es un trabajo que se halla enmarcado en la materia civil. En la parte sustantiva del trabajo se va a analizar pormenorizadamente las cuestiones de índole puramente civil, y en la parte procesal se analizara las cuestiones de índole procesal relativas al proceso civil en cuestión (nulidad, separación y divorcio).

Elegí este tema porque los procesos civiles siempre me han atraído. Además, con el coronavirus, es un tema de actualidad, pues ha habido un motón de casos de crisis de pareja. En este sentido, RUIZ-RICO ARIAS indica que la respuesta del ordenamiento jurídico para estos supuestos de crisis matrimoniales es deficiente, puesto que el confinamiento ha destapado deficiencias en el proceso relativo a la separación y el divorcio, dado que, se hace difícil indicar cuando una separación se ha llevado a cabo si ambos viven en la misma casa a causa de la pandemia, o las cuestiones relativas al reparto de la vivienda en los procesos de divorcio a instancia unilateral si deben de convivir en ella mientras dure el confinamiento ¹.

Este trabajo es importante, porque muestra la posición novedosa de los notarios y de los letrados de la Administración de Justicia en los procesos de crisis matrimoniales. Puesto que a partir de la entrada en vigor de la reformas introducidas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria², que modificó la normativa vigente hasta este momento, la cual ha cambiado radicalmente, puesto que ahora es posible el divorcio y la separación por LAJ y por notario.

Este trabajo se estructura diferenciando, en un primer aspecto, la normativa civil común al respecto para luego entrar a conocer el aspecto procedimental de cada proceso analizado en este trabajo. La parte procedimental se abre atendiendo a la competencia sobre la materia, tanto por los tribunales españoles como por los extranjeros. Tras eso, se empiezan a tratar temas procedimentales de medidas, demanda, contestación,

¹ RUIZ-RICO ARIAS, M. D., “*Matrimonio, divorcio y pandemias. el modelo civil y procesal de la acción de divorcio*”, *Diario La Ley*, Nº 9637, Sección Tribuna, 21 de mayo de 2020, disponible en: <https://diariolaley.laleyext.es/Content/Documento.aspx?params=H4sIAAAAAAAAAEAMtMSbF1CTEAAmMDS3MDC7WY1KLizPw8WyMDIwMDU0NjkEBmWqVLfnJIZUGqbVpiTnEqAGMy4jI1AAAAWKE>.

² Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015).

modificación de medidas, se diferencian a su vez los procesos consensuales de los no consensuales.

En este trabajo se ha empleado una metodología basada en el estudio pormenorizado y comentado del Código Civil, en lo respectivo a la parte sustantiva, de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en lo relativo al proceso de nulidad separación y divorcio, y de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial en lo relativo a los foros de competencia internos de España.

También se realiza un comentario a la legislación internacional sobre la competencia como puede ser el Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000³. En 2022 este reglamento será sustituido por el Reglamento (UE) 2019/1111, de 25 de junio de 2019.

La jurisprudencia citada en el trabajo es muy extensa y de rigurosa actualidad. En lo referente a la doctrina, las posiciones de MONTERO AROCA y PLEITEADO MARTIN han sido por derecho propio muy relevantes en cuanto a la base de este trabajo.

El trabajo finaliza con las conclusiones que se han alcanzado, la bibliografía utilizada y la relación de la jurisprudencia citada.

III. LAS CRISIS MATRIMONIALES

1. Nulidad del matrimonio

1.1. Concepto, regulación y causas de nulidad

a) Concepto

La RAE define la “nulidad absoluta” (como término de derecho) de la siguiente forma: *“Invalidez de un acto jurídico que para ser eficaz no necesita ser declarada por un juez”*⁴. También se define en la RAE la simple palabra de nulidad como: *“cualidad de nulo”*⁵.

El matrimonio se define en dos acepciones de la RAE como: *“1. m. Unión de hombre y mujer, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y*

³ Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº 1347/2000 (DOUE-L-2003-82188).

⁴ En RAE, de 27 de mayo de 2020; disponible en <https://dle.rae.es/nulidad>.

⁵ En RAE, de 27 de mayo de 2020; disponible en <https://dle.rae.es/nulidad>.

mantener una comunidad de vida e intereses” y “2. m. En determinadas legislaciones, unión de dos personas del mismo sexo, concertada mediante ciertos ritos o formalidades legales, para establecer y mantener una comunidad de vida e intereses”⁶.

De esta forma incluyen en la concepción del matrimonio todas las variabilidades que pudiera haber tanto de relaciones heterosexuales como homosexuales. Uniendo todo esto podríamos definir la nulidad matrimonial como la invalidez del acto jurídico del matrimonio. Según indican ROMAN, DE PERALTA, CASSANUEVA, *“Cuando el matrimonio se ha celebrado con algún defecto en sus requisitos esenciales de validez se habla de nulidad”⁷.*

En este sentido, ALBADAREJO⁸ señala que, la nulidad consiste en atacar el matrimonio defectuoso rompiéndolo y con el disolver el vínculo o la apariencia del mismo.

Según indica FERNÁNDEZ UCCELAY, *“la figura de la nulidad es aquella, que una vez declarada judicialmente, tiene efectos retroactivos por lo que se considera que el vínculo no ha existido válidamente”⁹.*

b) Regulación

La regulación sustantiva de la nulidad del matrimonio viene reflejada en capítulo VI, del CC, que bajo el nombre de la nulidad del matrimonio, abarcando desde el artículo 73 al 80 del mismo. No obstante, el capítulo IX del mismo texto legal, que lleva el nombre de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, que abarca a su vez los artículos 90 y ss.

c) Causas de nulidad

El Código Civil en el capítulo VI del título II del libro I habla sobre la nulidad matrimonial, y en su artículo 73 dispone que será nulo todo matrimonio que se celebre:

(i) Sin consentimiento.

La AP de Valencia (Sección 10^a), en Sentencia de 25 noviembre de 2019, indica que:

⁶ En RAE, de 27 de mayo de 2020; disponible en <https://dle.rae.es/matrimonio?m=form>.

⁷ ROMAN GARCIA, A. M., DE PERALTA CARRASCO, M., y CASSANUEVA SANCHEZ, I., *Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2019, p. 53.

⁸ V., ROMAN GARCIA, A. M., DE PERALTA CARRASCO, M., y CASSANUEVA SANCHEZ, I. *Derecho de Familia*, op. cit., p. 53.

⁹ FERNÁNDEZ UCCELAY, D., “La evolución histórica de las formas de extinción del vínculo matrimonial”, Elderecho.com, entrada de 14 de marzo de 2018, disponible en <https://elderecho.com/la-evolucion-historica-de-las-formas-de-extincion-del-vinculo-matrimonial> (fecha de consulta: 28 de mayo de 2020).

“(…) nos lleva a precisar qué es lo que debe entenderse por consentimiento prestado con reserva mental, debiendo considerarse que, como dice la sentencia de 8 de noviembre de 1999 (AC 1999, 2588) de la Audiencia Provincial de Barcelona, la concurrencia de esta circunstancia en el matrimonio se da cuando se comprueba en cualquiera de los contrayentes una discordancia, mantenida conscientemente, entre el querer interno y el querer manifestado en la celebración, con la finalidad de obtener determinados propósitos ocultos a través de la prestación de ese consentimiento aparente, de lo que se colige que los presupuestos necesarios que han de concurrir para apreciar dicha situación serán: a) la gestación consciente en el fuero interno de uno de los contrayentes, de la divergencia entre lo internamente querido y lo manifestado; b) dada la unilateralidad en la reserva mental, el secreto y desconocimiento para el otro contrayente matrimonial, lo que conlleva un engaño a éste, y normalmente para terceros, sobre la verdadera intención o propósito real de quien realiza la reserva mental, y c) la existencia de una verdadera intención oculta, un fin realmente querido -"propositum in mente retentum"-, que se pretende conseguir mediante la celebración de un matrimonio aparente, por lo que no coincide con la voluntad negocial declarada(…)”¹⁰.

- (ii) Cuando no se adquiere la mayoría de edad, o ya se está casado, contra un pariente en línea directa por consanguinidad o adopción o colateral hasta tercer grado, o si ha matado a una pareja de manera dolosa.
- (iii) Si el matrimonio no se lleva a cabo con la debida formalización, este deviene nulo.
- (iv) Si hay error en la identidad de los contrayentes o en sus cualidades personales.
- (v) También se tendrá por nulo el matrimonio realizado por coacciones o miedo grave.

Del contenido del artículo 78 del CC se viene a desprender que no será nulo un matrimonio por defecto de forma, si hay cónyuges de buena fe, salvo que, no haya sido autorizado por el personal competente para ello o no haya testigos. Un ejemplo: es un menor que se casó y su cónyuge ignoraba que su pareja era menor de edad, y este matrimonio se autorizó por un notario ya no conviene la nulidad porque el cónyuge operó de buena fe.

1.2. La acción de nulidad y legitimación

La acción de nulidad matrimonial la podemos encontrar en el artículo 74 y ss del CC donde viene a determinar quién tiene legitimación para realizar dicha acción de nulidad matrimonial. Siendo legitimados los contrayentes, el Ministerio Fiscal y los terceros que contengan interés directo y legítimo. Como regla general. Estos artículos se desarrollaran

¹⁰ FJ 1º de la SAP de Valencia (Sección 10ª), núm. 786/2019, de 25 noviembre de 2019 (AC 2020\267).

de manera más profunda en el apartado relativo a la legitimación de las partes en el proceso aquí solo se hará una breve referencia.

El artículo 78 del CC dispone como otra característica de la nulidad, que no será nulo un matrimonio por defecto de forma, si hay cónyuges de buena fe, salvo que no haya sido autorizado por el personal competente para ello o no haya testigos. Un ejemplo: es un menor que se casó y su cónyuge ignoraba que su pareja era menor de edad, y este matrimonio se autorizó por un notario ya no conviene la nulidad porque el cónyuge operó de buena fe.

En cuanto a la nulidad del matrimonio rato y no consumado eclesiástico, el artículo 80 del CC dispone que, *«esa resolución del tribunal eclesiástico tiene efecto en el orden civil, si lo solicitan las partes y se ajusta a derecho en una resolución civil en base al artículo 954 de la LEC»*.

1.3. Modalidades

En este apartado se va a clasificar la nulidad matrimonial, la nulidad matrimonial civil, y la religiosa, pongo religiosa y no canónica, porque hay otros tipos de matrimonios los cuales son religiosos, pero no canónicos, aunque en este trabajo se abordará brevemente el canónico, ya que es el tipo de matrimonio religioso más común en España y por tanto la nulidad de este matrimonio es una cuestión más práctica que la de otros supuestos de nulidad matrimonial de otras religiones.

Según indica LÓPEZ BARBA, *“En España, hasta la reforma introducida por la Ley 15/2015, en vigor desde el 23 de julio de 2015, era válido el matrimonio celebrado en la forma religiosa únicamente en el caso de la confesión canónica, la federación de entidades religiosas evangélicas, israelita (actualmente denominada judía) y musulmana, porque solo respecto de estos cuatro grupos de entidades religiosas se concretaban la doble premisa del reconocimiento del notorio arraigo y del acuerdo de cooperación con el Estado”*¹¹.

Esto llevó a que el matrimonio:

- En el caso de la nulidad religiosa (referencia a la canónica por ser el matrimonio religioso más común en España, entre españoles), según el tribunal eclesiástico

¹¹ LÓPEZ BARBA, E., “Ley aplicable a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio en España”, en *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, Nº 32, 2016, pp. 149-185.

metropolitano de Madrid, en Nulidad Matrimonial “*Las causas de nulidad son el defecto de forma, o celebrado con impedimento o con vicio de consentimiento*”¹². Estos se regulan en los cánones 1083 y ss¹³.

- En cuanto a la nulidad civil, hace referencia al grueso de este trabajo y en resumidas cuentas es la que se consigue tras instar la demanda de nulidad en los tribunales civiles alegando las causas recogidas en el Código Civil, artículo 73 del mismo, a las que ya se ha hecho referencia.

1.4. Efectos

En cuanto a los efectos de la nulidad matrimonial civil española es de aplicación lo dispuesto en el artículo 79 del Código Civil que dispone que “*un matrimonio nulo no va a invalidar los efectos ya producidos sobre hijos y contrayentes de buena fe, la cual es presumida*”¹⁴.

Es muy importante destacar que la buena fe de las partes aquí se presume. No obstante, es una presunción *iuris tantum*, puesto que admite prueba en contra.

2. Separación

2.1. Concepto, regulación y características

a) Concepto y regulación

La RAE define separación en su acepción segunda como: “*Interrupción de la vida conyugal por conformidad de las partes o fallo judicial, sin que quede extinguido el vínculo matrimonial*”¹⁵. En la definición de la RAE se destaca que aunque la vida conyugal se disuelva, el vínculo matrimonial no se rompe, y esto es muy importante porque es la característica principal de la separación. En la misma línea se encuentra la definición de ROMAN, DE PERALTA y CASSANUEVA, quienes definen la separación como una alteración de las obligaciones maritales, es decir, nos dicen que “*es la situación en la que subsiste el vínculo matrimonial, pero hay una cesación de la vida en común de los casados*”¹⁶.

¹² Cfr. “Nulidad Matrimonial”, en www.tribunaleclesiastico.archimadrid.es, de 27 de mayo de 2020, disponible en https://tribunaleclesiastico.archimadrid.es/?page_id=49.

¹³ Código de derecho canónico, disponible en: http://www.vatican.va/archive/ESL0020/_P3W.HTM

¹⁴ Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

¹⁵ En RAE, de 27 de mayo de 2020; disponible en <https://dle.rae.es/separaci%C3%B3n>.

¹⁶ V. ROMAN GARCIA, A. M., DE PERALTA CARRASCO, M., y CASSANUEVA SANCHEZ, I. *Derecho de Familia*, op. cit., p. 53.

El Código Civil en el capítulo VII del título II del libro I habla sobre la separación matrimonial en los artículos 81 a 84. No obstante, el capítulo IX del mismo texto legal, que lleva el nombre de los efectos comunes a la nulidad, separación y divorcio, que abarca a su vez los artículos 90 y ss.

En cuanto a las inscripciones en el registro civil le es de aplicación lo dispuesto en la Disposición final cuarta de la ley de jurisdicción voluntaria que modifica a su vez la Ley 20/2011, de 21 de julio, de Registro Civil en el artículo 61 de esta, donde se establece que el registrador registrará lo concerniente a la nulidad la separación o el divorcio de manera inmediata tras tener noticia del LAJ.

b) Características

Una característica importante en cuanto a la clasificación es que la separación puede ser de hecho o legal. Será de hecho cuando no sea decidida por un juez, y legal cuando sea un juez o notario o LAJ quien la determine¹⁷.

Otra importante característica llegó a través de la evolución de la jurisprudencia y la legislación donde tanto el Código Civil como la 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, donde se eliminaron los motivos para solicitar o adoptar una separación conyugal, pasando a ser un acto de mera voluntad, al modificar el contenido de los artículos 81 y ss. Del CC¹⁸.

Extracto de la exposición de motivos de la Ley 15/2005, de 8 de julio:

“En suma, la separación y el divorcio se concibe como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos. Así pues, basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales”¹⁹.

2.2. Modalidades

La separación, se divide en dos modalidades, la separación de hecho y de derecho. En lo referente a separación de hecho suscribo la interpretación de ROMAN GARCIA, DE

¹⁷ V., ROMAN GARCIA, A. M., DE PERALTA CARRASCO, M., y CASSANUEVA SANCHEZ, I. *Derecho de Familia*, op. cit., p. 58.

¹⁸ 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.

¹⁹ Exposición de motivos de la 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.

PERALTA CARRASCO, CASSANUEVA SANCHEZ con mis palabras, y en este sentido señalan que, se entiende separación de hecho como aquella en la que sin intervención judicial, o notarial, el matrimonio decide cesar la vida en pareja, por las causas que el mismo entienda oportunas, incluso pueden hacer pactos o documentos a tal efecto, estos pactos han de tener eficacia solo ante ellos, al no afectar a terceros dichos pactos, no requiere de notario o escritura pública lo que de hacerse sería ir por la vía de la separación de derecho al intervenir el fedatario como establece el artículo 82 del CC²⁰.

Estos pactos se limitan a la pareja, por lo que no afectarían a hijos, ni al régimen económico matrimonial, salvo que no se incluyan capitulaciones matrimoniales.

Habiéndose producido la separación de hecho, no se pierde el derecho a hacer uso del orden jurisdiccional y convertir esta separación en una separación de derecho.

En el artículo 81 del CC que regula la separación legal nos indica una obligatoriedad para jueces, ya que, van a tener que decretar la oportuna separación sin importar la forma en la que se haya celebrado el enlace, si hay hijos que debido a su estado especial o características peculiares dependen de sus progenitores. Estas características son la no emancipación del menor o la modificación judicial de la capacidad del menor, todo esto está determinado para proteger el interés superior de los hijos menores, o requeridos de especial protección por la ley.

El artículo 81 hace referencia a “*requisitos y circunstancias que deben concurrir para la declaración judicial de la separación matrimonial o el divorcio*”²¹.

Además de darse estas situaciones, para que el juez decrete la separación por este artículo 81 del CC, como se citó antes en lo referido a la separación legal, debe de concurrir una de las siguientes formas:

A) La petición de separación al juez sea formulada por ambos cónyuges o con conformidad entre ellos presentando la petición solo por uno, siempre que, que matrimonio haya tenido una vida superior a 3 meses, tomando como fecha de inicio de la vida del matrimonio, la de celebración del mismo. A esta demanda de separación debe de

²⁰ V., ROMAN GARCIA, A. M., DE PERALTA CARRASCO, M., y CASSANUEVA SANCHEZ, I. *Derecho de Familia*, op. cit., p. 58.

²¹ Disponible en: <https://www.conceptosjuridicos.com/codigo-civil-articulo-81/>.

acompañársele un posible convenio regulador que respete el contenido del artículo 90 del CC.

B) Lo podrá pedir un cónyuge solo, es decir, sin conformidad ni acuerdo con la otra persona cuando el matrimonio haya tenido una vida superior a 3 meses, tomando como fecha de inicio de la vida del matrimonio, la de celebración del mismo. Este plazo de 3 meses se podrá omitir, en los supuestos en los que haya alguna circunstancia de las enumeradas en el artículo 81, párrafo tercero del CC. Esos riesgos son: riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual. Estas circunstancias se han de dar en la persona del cónyuge demandante de la situación de separación o en los hijos.

A la demanda que se presente para solicitar la separación se le ha de incluir una propuesta de proposición de medidas con el objeto de regular los efectos derivados de la separación.

Otra forma de acordar la separación se haya en el artículo 82 del CC en este supuesto nos habla el legislador de la separación de mutuo acuerdo.

Para que la separación de mutuo acuerdo pueda llevarse a cabo tiene un plazo temporal, en otras palabras, el matrimonio ha debido de tener una vida superior a 3 meses, tomando como fecha de inicio de la vida del matrimonio, la de celebración del mismo.

Una vez transcurrido el plazo de 3 meses, antes citado, se requiere de un convenio regulador ante el LAJ o ante notario por escritura pública, donde ha de quedar expresada una voluntad que no puede inducir a error de separarse. En ese convenio se han de incluir también las medidas con el objeto de regular los efectos derivados de la separación.

Cabe destacar y es importante hacer referencia a esto que los funcionarios diplomáticos, o consulares, no pueden autorizar la escritura pública de separación. Prohibición expresa estipulada en el artículo 82 del CC párrafo primero ultima parte del mismo.

Los cónyuges que quieran separarse y busquen la autorización de la escritura pública de separación deben de saber que este es un acto personalísimo de derecho, es decir, han de acudir ellos mismos en persona aunque cabe estar asistido por letrado, cuando se informe de tal hecho mediante la prestación del consentimiento de representación ante el LAJ o el notario que corresponda. Esta misma facultad la tienen los hijos que disfruten de los efectos comunes a la mayoría de edad o se encuentren en el estado de menor emancipado,

si las medidas les afectan por no tener ingresos suficientes y convivir en el domicilio familiar.

Esto es lo que dice la ley pero carece de sentido en una parte a mi juicio, dado que si el menor esta emancipado, la última parte no le debiera de afectar pero se incluye en el supuesto.

No obstante, el artículo 82.2 del CC, en su vertiente proteccionista del derecho de familia y el colectivo más débil de la misma, estima que no ha lugar lo dispuesto en el precepto precedente si hay hijos menores no emancipados o los hijos tengan capacidad modificada judicialmente, y estos a su vez dependan de sus progenitores.

Como indica “divorcios.me”: *“No es ningún secreto que cuando se produce una ruptura matrimonial los descendientes son víctimas colaterales, y la Justicia trata de defenderlos porque son quienes más desprotegidos quedan, especialmente si son menores de edad”*²².

2.3. Efectos

La ley, en concreto el CC, en su artículo 83, párrafo primero, nos indica que el efecto principal de la separación radica en que con la sentencia o decreto de separación o con la escritura pública del convenio se va a proceder a la suspensión de la vida común de la pareja, pero no solo eso, sino que también esto llevará aparejado la imposibilidad de afectar bienes del otro cónyuge por los actos de la potestad doméstica, es decir, en otras palabras de las deudas contraídas en el tiempo que dure la separación no tendrá consecuencias el otro cónyuge ya que sus bienes no podrán ser afectos por la potestad domestica de su marido/mujer.

El artículo 83 del CC en su párrafo segundo nos indica el periodo de inicio de los efectos que conlleva la separación. De tal modo dispone que el inicio de tales efectos se produce desde la firmeza de la sentencia, decreto u otorgamiento de la escritura pública a tal efecto.

No obstante, cabe hacer una precisión importante a tal efecto, aunque surte efectos desde la firmeza, no tendrá efecto frente al tercero de buena fe, aquel que obre de acuerdo a la diligencia de un buen padre de familia, hasta su completa inscripción en el registro civil.

²² “¿Divorcio o separación? Esto es lo que necesitas saber”, en *divorcios.me*, de 27 de marzo de 2020, disponible en <https://www.divorcios.me/divorcio-o-separacion/> (fecha consulta: 3 de junio de 2020).

Para evitar estos problemas con terceros los testimonios o la copia en su caso de la escritura pública se remitirán al registro civil para su inscripción.

2.4. Reconciliación tras la separación

El artículo 84 del CC dispone que es lo que ocurre si la pareja se reconcilia, es decir, “vuelve a llevarse bien”. La principal consecuencia de esto es que termina la separación, dicho de otro modo, si la pareja se reconcilia es porque ha superado las circunstancias que motivaron la separación. Pero esto no es todo el hecho de la reconciliación conlleva que quede sin efecto lo resuelto en el procedimiento de separación. Para que esto ocurra es necesario que la pareja lo ponga en conocimiento del juez que entró a conocer sobre el fondo de la cuestión de separación, dado que si no se le comunica al juez la situación de reconciliación de la pareja, el juez no es adivino y no puede saber si la pareja se ha reconciliado o no.

Ante esto cabe precisar que el juez puede mantener o modificar ciertas medidas que se tomaron con la separación en relación a los hijos, siempre que, exista causa que sirva de justificación para eso.

Como dije antes hay más formas de separación, no solo por la vía judicial, está la vía del artículo 82 del CC, que nos indica que por notario o LAJ, también es posible realizarla.

El artículo 84 del CC estima, a su vez, que si la separación se lleva a cabo sin intervención judicial, como dispone el artículo 82, la posterior reconciliación si la hubiere ha de realizarse mediante escritura pública o mediante el uso del acta de manifestaciones.

La reconciliación tras la inscripción en el registro civil, es cuando desplegará eficacia frente a terceros.

3. Divorcio

3.1. Concepto, regulación y características

La RAE define divorciar en su acepción primera como *“Dicho de un juez competente: Disolver o separar, por sentencia, el matrimonio, con cese efectivo de la convivencia conyugal”*²³. En la misma línea se encuentra la definición de ROMÁN, DE PERALTA y CASSANUEVA, quienes definen el divorcio como *“una situación que pone fin al matrimonio, y precisan en páginas posteriores que el divorcio es “la ruptura del vínculo matrimonial válidamente constituido por causas sobrevenidas a su celebración en la vida*

²³ En RAE, de 27 de mayo de 2020; disponible en <https://dle.rae.es/divorciar>.

de los cónyuges”²⁴. No obstante, y cabe destacar que contiene una diferencia fundamental con la nulidad del mismo matrimonio y es que los efectos del matrimonio mientras este estuvo vivo con la nulidad desaparecen, aunque con especial referencia al matrimonio putativo en el cual no desaparecen los referentes a los hijos o contrayentes de buena fe o con la diligencia de un buen padre de familia, pero con el divorcio dichos efectos del matrimonio mientras estuvo vivo son válidos.

Precisando las características del divorcio conviene mencionar que en España es reciente, su antecedente histórico más inmediato en España es la II república. La doctrina constitucional incluye el divorcio dentro de la aplicación del artículo 10.1 de la CE, en sintonía con el artículo 32.2 de la CE.

Aunque este sistema era muy novedoso llevaba aparejadas una serie de restricciones, pues se concebía el divorcio como un fracaso en un negocio jurídico (el del matrimonio) por lo que era preciso que se alegasen una serie de causas para que este pudiera ser aplicado y reconocido en un tribunal. Esas causas se introdujeron en la reforma del año 1981. Finalmente y tras la nueva reforma de la ley 15/2005, de 8 de julio, se dejó al divorcio como una declaración de voluntad cualquiera de los contrayentes podía instar la disolución del matrimonio por divorcio sin alegar causa que justificase su voluntad o sin ni siquiera abandono conyugal.

Como indica SEGUNDO PÉREZ, “*No, ya no es necesario alegar causa alguna para instar el divorcio, sea de mutuo acuerdo o sin acuerdo, es decir, contencioso*”²⁵.

Esta petición de divorcio no puede ser rechazada por el juez, salvo por motivos procesales.

Conviene destacar que hasta 2015 el divorcio sigue siendo solamente judicial. No obstante la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria. Admite una reforma que conlleva la modificación del artículo 87 del CC haciendo posible el divorcio por otra vía que no sea la judicial la vía del notario o LAJ. De esta forma queda así 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*

²⁴ V., ROMAN GARCIA, A. M., DE PERALTA CARRASCO, M., y CASSANUEVA SANCHEZ, I. *Derecho de Familia*, op. cit., pp. 53 y 63.

²⁵ SEGUNDO PÉREZ, “Separación o divorcio de mutuo acuerdo. Preguntas frecuentes”, en *Blog melian abogados*, disponible en https://mymabogados.com/divorcio-de-mutuo-acuerdo-preguntas#Hay_que_alegar_alguna_causa_para_que_se_conceda_el_divorcio_de_mutuo_acuerdo (fecha de consulta: 3 de junio de 2020).

el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio»²⁶.

Quedando como característica que el divorcio puede hacerse tanto por vía judicial – artículo 86 del CC– como por vía del notario o del LAJ –artículo 87 del CC–, pero los funcionarios diplomáticos o consulares no pueden autorizar el divorcio mediante escritura pública del mismo. No obstante RUIZ-RICO RUIZ y ACEBES CORNEJO manifiestan que la ley civil deja “*cierta duda acerca de si, en tales casos, se podría recurrir a la vía judicial. Este adverbio (también) no aparece en la regulación de la separación*”²⁷.

Otra característica es que el divorcio permite la reconciliación, siempre y cuando no se dé después de la sentencia o inscripción en el registro civil. En este supuesto la reconciliación no tendría efectos jurídicos y quedaría la única opción de contraer un matrimonio nuevo, tal y como dispone el CC en su artículo 88.

Una característica fundamental es que la acción de divorcio, tal y como dispone el artículo 88 del CC, se extingue con la muerte de cualquiera de los cónyuges o por la reconciliación expresa en un momento anterior a la sentencia pero posterior a la demanda de divorcio. En este sentido RUIZ-RICO RUIZ y ACEBES CORNEJO entienden que “*la acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges*”²⁸.

3.2. Modalidades

Podemos ver en el CC que hay varias formas de disolver el vínculo matrimonial tal y como establece el artículo 85 del mismo, por muerte de cualquiera de los cónyuges, por declaración de fallecimiento o por divorcio.

Aquí precisaremos las modalidades del divorcio que se halla regulado en los artículos 86 y 87 del CC. En el primer supuesto, el del artículo 86 del CC podemos destacar que hay un divorcio judicial cuando un cónyuge lo pida, los dos o uno con el consentimiento del otro, todo esto si se dan los requisitos del artículo 81 del CC (ya mencionado en la parte de separación, por lo que nos remitimos a lo dispuesto *supra*).

²⁶ Disp. Final 21 de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

²⁷ RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ACEBES CORNEJO, R., “Esquemas de Derecho de Familia”, Material didáctico para alumnos del grado en Derecho y de Doble Grado Derecho-ADE, de octubre de 2017, p. 56 disponible en: <https://riuma.uma.es/xmlui/bitstream/handle/10630/14666/ESQUEMAS%20DERECHO%20DE%20FAMILIA%20BLOQUE%201%20FAMILIA%20MATRIMONIO%20Y%20CRISIS%20MATRIMONIAL%20ES%201.pdf?sequence=3&isAllowed=y> (fecha de consulta: 3 de junio de 2020).

²⁸V., RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ACEBES CORNEJO, R., “Esquemas de Derecho de Familia”, cit., p. 58.

El artículo 87 del CC nos habla del divorcio de mutuo acuerdo que es una forma más revolucionaria de disolución del matrimonio, resumida de la siguiente forma: si ninguno de los dos quieren estar juntos para qué seguir. Se puede hacer de diferentes formas: mediante convenio regulador ante el LAJ o por escritura pública ante notario, con los requisitos y circunstancias del artículo 82 del CC (remisión a él en el apartado de separación).

3.3. Efectos

El CC en su artículo 89 establece que los efectos relativos al divorcio van a iniciar desde que sea firme la sentencia o decreto que lo establezca o desde la formalización en escritura pública del consentimiento de las partes (los cónyuges) en relación con el artículo 87 del CC. Esto indica a su vez que los efectos no van a perjudicar a terceros adquirentes de buena fe que establezcan relación con el matrimonio divorciado que no haya sido inscrito en el registro civil.

En este sentido RUIZ-RICO RUIZ y ACEBES CORNEJO entienden que: *“tras las dos últimas reformas de 2005 y de 2015, que cuando el divorcio es judicial, haya que esperar a la firmeza de la sentencia para que produzca efectos (art. 89 CC). Deberían producirse sus efectos, al menos inter partes, a partir de las declaraciones de voluntad inequívocas de divorciarse (o si era unilateral, a partir de la demanda de divorcio). Ello permitiría declarar disuelto el vínculo a partir de ese momento, con posibilidad de considerar válido el matrimonio celebrado entre tanto”*²⁹.

Cabe tener en cuenta que la reconciliación tras el divorcio está ausente de efectos legales aunque nada impide que la pareja pueda unirse en sagrado matrimonio otra vez o de nuevo.

4. Efectos comunes a la nulidad matrimonial, separación y divorcio

Vienen regulados en el capítulo XI del Código Civil, artículos 90 a 106.

En su artículo 90, el CC dispone que el famoso convenio regulador de los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 del CC debe de contener como mínimo una serie de puntualizaciones si son posibles.

- ¿Qué ocurre con los hijos de ambos? Debe contener el convenio su cuidado, quien ejercerá la patria potestad, cómo se va a comunicar el progenitor que no viva

²⁹ V., RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ACEBES CORNEJO, R., “Esquemas de Derecho de Familia”, cit., p. 59.

habitualmente con los hijos y que ocurrirá con la estancia de los hijos con el progenitor con el que no conviven habitualmente. Sobre esta cuestión he de hacer hincapié en la sentencia del Tribunal Supremo (Sala 1ª), de 13 noviembre. Que indica que:

“(...) el daño moral generado en uno de los cónyuges por la infidelidad del otro, no es susceptible de reparación económica alguna, lo cual, origina la imposibilidad de atribuir al Tribunal "a quo" haber infringido, en el aspecto estudiado, los artículos 67 y 68 del Código Civil, en relación en el 1101 del mismo...”, pues lo contrario llevaría a estimar que cualquier causa de alteración de la convivencia matrimonial conllevaría indemnización (...)”³⁰.

Esta sentencia versa sobre un hijo ilegítimo, llamado Raúl. En la misma, el padre fue engañado y fue criando a su hijo, que en realidad no lo era, en este supuesto el padre, quiere que la madre le devuelva las cantidades que este invirtió en el hijo que resultó no ser suyo, más aquellos daños morales por incumplimiento de las obligaciones conyugales. No obstante el tribunal no le concede ni lo uno, ni lo otro. Entendiendo el mismo que los alimentos no son retroactivos por lo que no se pueden devolver, y sobre los daños morales por esta cuestión estima que no son resarcibles económicamente.

- ¿Y la casa? Debe precisar el convenio quién se queda con el uso de la vivienda y el ajuar de la familia.

La sentencia del TS, Sala Primera, de lo Civil, de 8 Marzo de 2017 indica que: *“(...) Este precepto nos lleva a entender que desde que no se ratificaron las medidas en el procedimiento de separación y al no solicitarlas en el de divorcio, la atribución del domicilio quedó sin efecto, pese a que en la práctica la recurrente lo ha disfrutado desde el auto de medidas de 5 de febrero de 1981, beneficio que compensa, con creces, cualquier perjuicio que pueda tener en el futuro, máxime si se tiene en cuenta que era una vivienda militar (...)*”³¹.

- ¿Y los gastos quién los paga? Se debe de precisar la contribución de cada parte de la ex relación a las cargas del matrimonio y alimentos, y si es posible como se va a ir actualizando esta contribución puesto que las cargas va a ir variando dependiendo de la edad del menor o los intereses de la hipoteca, etc.

- ¿Y si todo se va mal y se da la situación que ya no nos queremos ni ver? Se ha de indicar en el convenio regulador cómo se va a liquidar el régimen económico del matrimonial.

³⁰ FJ 4º de la STS (Sala 1ª), núm. 629/2018, de 13 noviembre de 2018. (RJ 2018\5158).

³¹ FJ 2º de la STS, (Sala 1ª), núm. 167/2017, de 8 marzo de 2017 (Rec. 3431/2015).

- ¿Quién va a pagar la pensión y de qué forma? El artículo 97 del CC establece la pensión por descompensación de bienes cuando uno de los cónyuges queda en desequilibrio económico con el otro tras la separación/divorcio.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Civil), de 15 de enero de 2018, indica que:

“(…) a efectos de establecer una pensión compensatoria entre los miembros de una unión de hecho, sobre la aplicabilidad o no del art. 97, del art. 1438 CC y de la doctrina del enriquecimiento injusto, la sentencia basó su decisión en el siguiente razonamiento:

«En el presente supuesto la prueba practicada ha acreditado la mayor dedicación de la madre al cuidado de los hijos y del hogar familiar (...)»³².

La sentencia aquí expone que el cuidado de la mujer a los hijos y el hogar le causo un impedimento que se tradujo en que no tiene ingresos suficientes lo que indica que se queda en una posición perjudicial en respecto a su ya exmarido.

A su vez, el artículo 90.2 del CC establece que estos pactos que alcanzan los cónyuges que vienen a regular las consecuencias³³ de su nefasto matrimonio, que ha conllevado que quieran separarse, divorciarse o atacar su validez y declararlo nulo, una vez presentados al órgano judicial van a ser aprobados por el juez, a menos que dañen el interés superior del menor, es decir, sean perjudiciales para los hijos o excesivamente dañinos para uno de los cónyuges.

En lo referente a los derechos de visita de los abuelos el juez no podrá aprobar el acuerdo si los mismos no están de acuerdo, para lo que les requerirá el juez en una audiencia. Si se deniega un acuerdo por el juez debe de estar motivado en una resolución y la partes están obligadas en ese caso a hacer una nueva propuesta al juez para que este la apruebe o no.

En este sentido RUIZ-RICO RUIZ y ACEBES CORNEJO entienden que para los acuerdos del artículo 90.2 del CC cabe la ejecución en apremio³⁴.

Si los acuerdos no son ante el juez sino que son ante el LAJ o el notario y estos establecen que es demasiado lesivo para una parte implicada, (cónyuge o hijos mayores o menores emancipados), lo advierten y terminan el expediente, en este supuesto solo podrá aprobarse el convenio regulador por vía judicial.

³² FJ 1º de la STS (Sala 1ª), núm. 17/2018, de 15 de enero de 2018 (Roj: STS 37/2018).

³⁴ V., RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ACEBES CORNEJO, R., “Esquemas de Derecho de Familia”, op. cit., p. 54.

El convenio una vez aprobado o inscrito en escritura pública puede hacerse efectivo su cumplimiento por vía de apremio.

El punto tercero del artículo 90 del CC nos indica como efecto común, que si aún no hay acuerdo, o si se ha hecho un convenio regulador, las medidas adoptadas pueden ser modificadas por otro convenio si este se aprueba por el juez, si hay circunstancias que lo aconsejen. Si las medidas se tomaron por notario o LAJ requerirá de un nuevo convenio.

La sentencia del TS (Sección: 1), de 26 de febrero de 2019 indica que:

“(...) el procedimiento de modificación de medidas el sistema de guarda y custodia acordado no puede modificarse si el mismo se ha desarrollado sin incidencias y sólo puede modificarse cuando se ha acreditado que las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges supongan que se han modificado sustancialmente las circunstancias, infringiendo con ello lo dispuesto en el citado art. 90.3 del Código Civil y en la jurisprudencia referida de esta sala que considera que las nuevas necesidades de los hijos no tendrán que sustentarse en un cambio "sustancial" pero sí cierto(...)”³⁵.

Lo que se indica en la sentencia es que para que haya modificaciones es preciso que las circunstancias que motivaron tales medidas cambien, sino no se modificará nada, puesto que seguirán siendo las mismas circunstancias motivaron tales medidas.

A su vez el CC establece en el último párrafo del artículo 90, que como medida de eficacia de cumplimiento que se puedan incorporar garantías reales o personales, estas garantías las puede establecer el juez o las partes.

En las sentencias o con la ejecución de la misma, el juez si no hay acuerdo o no se aprueba el mismo va a determinar las medidas que va a acabar reemplazando a las ya tomadas para los elementos objetos del convenio regulador como son vivienda, hijos, la cargas del matrimonio, como se liquidará el régimen económico matrimonial y las garantías de cumplimiento. Las medidas que establezca el juez podrán ser modificadas si las circunstancias lo aconsejan de esta forma se pronuncia el CC en su artículo 91.

El artículo 92 del Código Civil nos establece otro efecto común que tienen los procesos de separación, nulidad y divorcio y es que este hecho no elimina la obligación de los padres con sus hijos, o dicho de otra forma el divorciado, separado o aquel cuyo matrimonio es nulo no es menos padre o madre de sus hijos.

³⁵ FJ 2º de la STS (Sala de lo Civil), sentencia núm. 122/2019, de 26 de febrero de 2019 (Roj: STS 641/2019).

Otro efecto común aparece de manifiesto en el artículo 92.2 del CC donde se precisa que si el juez debe de tomar medidas con respecto a los hijos menores, en lo relativo a custodia, cuidado, educación debe de oír al menor si es posible.

Otro efecto común de los procesos de separación nulidad y divorcio es que se puede privar de la patria potestad tal y como aparece reflejado en el artículo 92.3 del CC, aunque para ello se requiere que las circunstancias lo justifiquen.

En línea con lo anterior el juez o los padres pueden acordar que la patria potestad se ejerza por uno solo de los cónyuges o de manera parcial entre ambos, tal y como refleja el artículo 92.4 del CC.

Si los padres llegan a un acuerdo por la guarda y custodia de los hijos de manera compartida en la propuesta del convenio regulador o durante el proceso judicial. El juez lo acordará y en la resolución motivada intentara establecer las garantías que prevean su cumplimiento eficaz intentando en todo supuesto no separar a los hermanos, esto se deduce del artículo 92.5 del CC.

El artículo 92.6 del CC establece que para que el juez pueda resolver sobre la custodia de los menores necesita un previo informe del ministerio fiscal (en adelante MF), y oír a los menores si tienen juicio suficiente para emitir su petición, si lo estima pertinente de oficio el juez, el ministerio fiscal, las partes o los miembros del equipo técnico judicial o del menor, el juez también tendrá que valorar las alegaciones, las pruebas y la relación de los cónyuges y con los hijos para ver que decide sobre el régimen de custodia.

La AP de Badajoz (Sección 2ª), de 31 marzo de 2020 indica que:

“(…) La muy reprobable falta de colaboración de doña Flora para reforzar los lazos emocionales de su hijo con el padre no han llegado, por suerte, a repercutir material y negativamente en el menor.

También hemos valorado, como así se deduce los informes citados y de las propias alegaciones del padre, que la situación de alta conflictividad y litigiosidad entre los progenitores había remitido últimamente. Las visitas parece ser que se vienen cumpliendo mejor.

*Ponderando todas estas circunstancias y teniendo en cuenta lo que ya expusimos con anterioridad, convenimos en que, pese a todo, para el niño lo mejor es seguir bajo el cuidado de la madre (...)*³⁶.

³⁶ FJ 7º de la SAP de Badajoz (Sección 2ª), núm. 237/2020, de 31 marzo de 2020 (JUR 2020\150445).

Aquí en la sentencia citada se puede ver cómo aunque uno de los cónyuges no coopere como es debido, con diligencia, respeto y sin malmeter al hijo sobre su otro progenitor ello no insta a que le den la custodia.

De conformidad con el artículo 92.7 del CC, no habrá guarda conjunta si uno de los cónyuges a atentado contra la persona o integridad del otro o de sus hijos que convivan ambos, y este incurso en un proceso penal al efecto, o cuando el juez entienda que es un supuesto de violencia doméstica, y tenga motivos justificados para creer eso.

De manera especial y si no se da el supuesto del artículo 92.5 del CC, el artículo 92.8 del CC establece que el Juez a petición de parte, con informe del MF, puede acordar la guarda y custodia compartida en beneficio del menor porque con ello entienda que es la mejor manera de proteger el interés superior del menor.

El artículo 92 del CC establece, en su último apartado, que el juez antes de tomar una decisión en cuanto a patria potestad y custodia puede pedir un dictamen a especialistas que se hallen cualificados para que le orienten en la decisión a tomar, este dictamen de expertos lo puede solicitar el juez de oficio o pueden solicitarlo las partes.

De conformidad con lo establecido en el artículo 93 del CC otro efecto común que poseen las resoluciones sobre separación, nulidad y divorcio es que el juez es quién determina la cantidad que debe de contribuir cada progenitor para que se satisfagan las necesidades alimenticias de los hijos (los alimentos), además también es el juez el encargado de establecer las garantías para asegurar el cumplimiento de lo resuelto, con adecuación a las necesidades de los hijos.

El segundo apartado del artículo 93 del CC precisa que si los hijos, aun siendo mayores y emancipados no tienen ingresos propios, el juez en la misma resolución fija la cantidad debida en alimentos con relación al artículo 142 y ss. del CC.

El artículo 94 del CC precisa otro efecto común a las resoluciones de nulidad separación y divorcio determinando que el cónyuge con el que no convivan los hijos menores o incapacitados habitualmente tiene derecho a visitarlos, comunicarse con ellos y gozar de su compañía. No obstante será el juez quien fije el cómo, el cuanto y el donde se podrán hacer efectivos estos derechos de visita comunicación y compañía, pero el juez también podrá limitarlos, o suspenderlos si las circunstancias lo aconsejan o el progenitor no cumple con sus obligaciones legales.

El juez de igual modo podrá precisar el derecho de visita y comunicación de los padres y abuelos, con una previa audiencia de estos, que han consentir, estos derechos de los abuelos se rigen por el artículo 160 del CC, pero siempre se ha de tener el interés superior del menor en cuenta. En este sentido CLAVERO indica que, de existir justa causa los abuelos van a poder poner una demanda para hacer valer su derecho de visitas, pudiendo otorgarse ó desestimarse de haber esa causa justa, por lo que unos malos abuelos, no podrán gozar de estos derechos de visita, dado que habrá justa causa para que no visiten a sus nietos ni los cuiden³⁷.

Cuando el formato en el que se formalizó el convenio regulador deviene firme, ya sea, (sentencia decreto o escritura pública) produce otro efecto común a las resoluciones sobre nulidad, separación y divorcio que se concreta en el artículo 95 del CC, y es que producirá la disolución del matrimonio, o la extinción del régimen económico matrimonial con la liquidación de este si hay acuerdo entre los cónyuges.

No obstante si la sentencia de nulidad afecta solo a uno de los cónyuges, el adquirente de buena fe podrá beneficiarse del régimen del régimen de partición, pero el adquirente de mala fe no va a poder optar a las ganancias obtenidas por su cónyuge

Si no opera el acuerdo de los cónyuges por este no existir, el uso de la vivienda familiar y el ajuar familiar ordinario es de los hijos y al cónyuge que conviva con los hijos de manera habitual, tal y como precisa el artículo 96 del CC. No obstante, si los hijos quedan divididos unos con un cónyuge y otros con otro el juez resolverá lo que estime oportuno. La sentencia del Tribunal Supremo núm. 117/2017 (Sala de lo Civil, Sección1ª), de 22 de febrero indica que:

“(...) 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 (...)”³⁸.

Esta sentencia equipara en efectos una pareja no casada a una casada a la hora de indicar el uso de la vivienda por el interés superior del menor de aquellos hijos en común, salvo que haya varios y unos se vayan con uno de la pareja y los otros con el otro. Si no hay hijos, todo es más fácil ya que el uso de dichos bienes se podrá dar al cónyuge no titular por un periodo de tiempo si atendiendo a las circunstancias, lo hiciesen aconsejable y

³⁷ CLAVERO, J., “¿Tienen los abuelos derecho legal a tener un régimen de visitas con sus nietos?”, en *ELDERECHO.COM*, de 24 de abril de 2018 (fecha de consulta: 3 de junio de 2020).

³⁸ FJ 2º de la STS núm. 117/2017 (Sala de lo Civil, Sección1ª), núm. 117/2017, de 22 febrero de 2017 (RJ 2017\1079).

requiera mayo protección en este supuesto se requerirá consentimiento de las partes o autorización judicial.

Como efecto común a la separación y divorcio el artículo 97 del CC establece una pensión por descomposición de bienes, es decir, si una de las dos partes en la ruptura queda muy agraviada por la misma, tanto que quede en peor lugar que antes de haber conocido a su pareja, tiene derecho a una compensación que puede ser temporal, indefinida, o única según estipule el convenio regulador o la sentencia.

La AP de Cáceres (Sección 1ª), de 11 marzo de 2020 indica que como criterio de aplicación del artículo 97 del CC, en cuanto a la desigualdad para establecer la pensión que:

“(…) El presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad -el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión, aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo-, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación con la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios (...)”³⁹.

Esta sentencia es muy importante, puesto que, muestra que la desigualdad debe estar presente antes y después de la ruptura, no obstante el más perjudicado podría ser acreedor de una pensión aunque pudiese mantenerse por sí mismo y no le hiciera falta, lo cual es algo a tener muy en cuenta, porque no deja de ser un criterio clasista, ya que una persona que pase de clase alta a media tras su divorcio o separación y su expareja continuase siendo clase alta, podría reclamar esta pensión pero dos personas que sean clase media con ingresos similares y patrimonio similar no.

Si los cónyuges no se ponen de acuerdo en la cantidad y el modo de prestación de la compensación, la fija el juez atendiendo a si han llegado a algún acuerdo las partes, atendiendo a la edad y la salud, su capacitación para encontrar empleo, la dedicación a la familia, la colaboración para que el otro cónyuge consiguiese obtener dinero, la duración del matrimonio, la pérdida de un derecho de pensión, el caudal y las necesidades de ambos cónyuges y en definitiva cualquier cosa. Tanto la sentencia como el convenio si se hace por notario y secretario debe indicar el periodo de pago, la forma, y la actualización de la

³⁹ El FJ 2º SAP de Cáceres (Sección 1ª), núm. 203/2020, de 11 marzo de 2020 (JUR 2020\144170).

pensión, también se ha de indicar cuanto va a durar la misma, y cuándo acabará y como se garantiza.

Otro efecto común de la nulidad es que el cónyuge adquirente de buena fe si su matrimonio es nulo y hay convivencia puede reclamar una pensión en la misma forma que el artículo 97 del CC.

Dicha pensión de descompensación puede convenirse en renta vitalicia, en un usufructo, o en la entrega de un capital de bienes o dinero.

La pensión una vez fijada solo se podrá alterar cuando cambie la fortuna de uno u otro cónyuge y las circunstancias lo aconsejen, si se hicieron ante secretario judicial o notario requieren un nuevo convenio, se deduce del contenido del artículo 100 del CC.

La pensión compensatoria de bienes se pierde el derecho a percibirla cuando cesa la causa que ha motivado que se otorgue dicha pensión o el acreedor se ha vuelto a casar, o vive con otra persona de manera marital.

La AP de Badajoz (Sección 3ª), núm. 53/2020, de 12 marzo indica que: *“(...) La doctrina del Alto Tribunal exige no sólo la presencia de un desequilibrio patrimonial en cuanto que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora, sino también la pérdida de la oportunidad que ha supuesto dedicarte a la familia o a la actividad profesional o empresarial del otro cónyuge.(...)”*⁴⁰.

Pues bien, en lo referente al supuesto de la sentencia, lo cierto es que el matrimonio no ha impedido trabajar a la esposa ni le ha privado de expectativas laborales, como reconoce la sentencia, e incluso los ingresos son y han sido casi idénticos pues el reparto de beneficios de las empresas se han convertido en sueldos y rendimientos en especie para ambas partes

La muerte del deudor no extingue el derecho a la pensión por descompensación de bienes, no obstante los herederos pueden pedir al juez que la reduzca o suprima si la herencia no es suficiente para satisfacerla, o afecte a la legítima de los herederos.

Según el Tribunal Supremo. (Sala 1ª) de 15 de enero de 2018 se indica que:

“(...) El legislador ha equiparado a algunos efectos las parejas no casadas al matrimonio (arts. 101 , 320.1 , 175.4 CC , arts. 12.4 , 16.1.b , 24.1 LAU). Pero esto no ha sucedido con la pensión compensatoria reconocida en el art. 97 CC . Son admisibles genéricamente los pactos entre los convivientes por los que, al amparo del art. 1255 CC , adopten acuerdos en los que prevean compensaciones por desequilibrios en el momento de la ruptura de la convivencia. Sin embargo, no

⁴⁰ FJ 2º de la SAP de Badajoz (Sección 3ª), núm. 53/2020, de 12 marzo de 2020 (JUR 2020\151158).

*existe una previsión legal que contemple para el caso de extinción de la pareja una compensación de ningún tipo (...)*⁴¹.

Del contenido de la sentencia una de las partes pretendía de la otra conseguir la atribución de la famosa pensión compensatoria, aunque no estuviesen casadas las partes, dado que, como en otros efectos se habían equiparado las parejas de hecho con los matrimonios, para este supuesto la parte actora quería dicha pensión, en virtud de la analogía de la pareja de hecho con la matrimonial.

5. Medidas provisionales

Este apartado del trabajo recoge la regulación sobre medidas provisionales recogidas en el Código Civil, en su capítulo X, artículos 102 a 106. Tal y como se dispone en el artículo 102 del CC en lo referente a las medidas provisionales, una vez que se admite la demanda, los cónyuges pueden vivir separados y ya no hay una presunción “iuris tantum” de convivencia conyugal. Pudiendo hacer cada uno su vida por separado. Y de igual forma se revocan los poderes que se otorgaron a la pareja entre sí.

Es merecedor de mención a su vez que a excepción de que haya pacto entre las partes no se va a poder vincular los bienes privativos de un cónyuge, como parte de la potestad doméstica. Esto puede quedar reflejado en el registro. En este sentido RUIZ-RICO RUIZ y ACEBES CORNEJO, entienden que de haber pacto entre las partes se debería dar la aplicación de los efectos del 102 del CC, salvo otro pacto en contra⁴².

En la misma línea sobre las medidas provisionales, precisa a su vez el artículo 103 del CC donde se determina que una vez que la demanda es admitida a trámite, el juez en base a sus atribuciones legales va a poder adoptar una serie de medidas en caso que no haya acuerdo entre las partes (pareja), pero siempre si se hace esto por parte del juez, debe de dar audiencia a la misma (la pareja).

Esas medidas son:

- a) Velar por el interés de los hijos, es decir, establecer con que cónyuge se quedaran sometidos a patria potestad los hijos, y también deberá de velar por los derechos de comunicación y visita del cónyuge con el que no residan los niños habitualmente. Excepcionalmente los abuelos y otros parientes cercanos o incluso una institución pueden ejercer esa patria potestad bajo la autoridad del juez.

⁴¹ FJ 5º de la STS (Sala 1ª), núm. 17/2018, de 15 de enero de 2018 (Roj: STS 37/2018).

⁴² V., RUIZ-RICO RUIZ, J. M., ACEBES CORNEJO, R., “Esquemas de Derecho de Familia”, op. cit., p. 52.

Si una de las partes puede sustraer al menor, es decir, sacarlo del país para así tenerlo para él/ella. Pudiéndosele prohibir la salida del territorio nacional. Pudiéndosele negar el pasaporte al menor o retirárselo si lo tiene hecho. Además cualquier cambio de domicilio del menor debe de quedar sometido a autorización judicial.

b) Determinar quien se va a quedar con la vivienda familiar y además inventariar el ajuar familiar para saber quién se queda cada cosa.

c) Determinar que debe aportar cada cónyuge para paliar las cargas matrimoniales, además de introducir las bases para que se pueda actualizar todas las cantidades además de imponer las medidas de garantía que resulte procedentes para que la resolución sea eficaz. La norma precisa que el tiempo con los hijos se considera como contribución a dichas cargas.

d) Indicar e inventariar los bienes comunes o gananciales además de indicar las reglas del reparto de dichos bienes, que se habrán de entregar uno y otro cónyuge.

e) También se deberá precisar que ocurre con los bienes privativos de un cónyuge nada más que han sido afectado por las cargas matrimoniales.

Como dispone el CC, en su artículo 104, la parte de la pareja que vaya a instar la demanda relacionada con la disolución o fin de su matrimonio, aquella que se relaciona con la nulidad la separación o el divorcio, puede pedir los efectos y medidas que ya se comentaron con la precisión del artículo 102 y 103 del CC. Conviene una vez más precisar que los mismos solo se mantendrán si en el plazo de 30 días desde que se adoptan se presenta la demanda en cuestión.

El artículo 105 del CC no establece una medida provisional aunque se incluye en este apartado en el mismo código, lo que viene a hacer es precisar, exceptuar o separar una conducta de una terminología. El artículo dispone que no es infringir la convivencia conyugal, irse de la vivienda conyugal por motivos que lo justifiquen y sean razonados y antes del transcurso de 30 días desde que la persona se marchó por ese motivo de la vivienda conyugal presenta una demanda o solicitud de nulidad, separación o divorcio.

Finalmente se establece en el artículo 106 del CC que los efectos relativos a estas medidas provisionales terminaran cuando se dé sentencia, por los que la sentencia establezca o cuando termine el procedimiento objeto de las medidas y efectos aquí descritos. El último párrafo del artículo 106, del capítulo X al efecto del CC en lo relativo a medidas

provisionales dispone que la revocación en cuanto al consentimiento y los poderes otorgados por las partes a sus respectivas parejas pasa a ser definitiva, es decir, que una parte no podrá vincular los bienes de la otra sin su consentimiento expreso, no como antes de que se divorciasen, o que el matrimonio fuese nulo o que se separasen, que en virtud de la potestad domestica los cónyuges lo podían hacer.

El Tribunal Supremo. Sala 1ª (Sección: 1), núm. 147/2019, de 12 de enero de 2019, indica que:

“... el artículo 106 del Código Civil establece que los "los efectos y medidas previstas en este capítulo terminan en todo caso cuando sean sustituidos por los de la sentencia o se ponga fin al procedimiento de otro modo", y de otra, el artículo 774.5 de la Ley de Enjuiciamiento Civil dispone que "los recursos que conforme a la Ley se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubieran adoptado en ésta", razones que llevan a la Sala a entender que cada resolución habrá de desplegar su eficacia desde la fecha en que se dicte, siendo solo la primera resolución que fije la pensión de alimentos la que podrá imponer el pago desde la fecha de interposición de demanda (porque hasta esa fecha no estaba determinada la obligación), no así las restantes resoluciones que modifiquen su cuantía (sea al alza o a la baja)”⁴³.

En esta sentencia se dispone que una vez hay un pronunciamiento en la sentencia las medidas provisionales terminan y, no ha lugar a que persistan, pudiendo ser sustituidas por las medidas definitivas, si las hubiere o terminar con las medidas en tal caso si no se dispusiere nada al efecto.

IV. LOS PROCESOS DE SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD MATRIMONIAL

1. Competencia judicial

1.1. Competencia judicial internacional

a) Reglamentos 2019/1111, de 25 de junio de 2019 y 2201/2003, de 27 de noviembre de 2003

El Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores va a derogar al reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) nº

⁴³ FJ 3º de la STS, Sala de lo Civil (Sección: 1), núm. 147/2019, de 12 de enero de 2019 (Roj: STS 869/2019).

1347/2000. A partir del 1 de agosto de 2022 de conformidad con lo establecido en el artículo 104 del propio reglamento.

Este reglamento entrará en vigor de conformidad con su artículo 105, a los 20 días de su completa publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea.

No obstante este reglamento no va a ser de aplicación hasta el 1 de agosto de 2022. No obstante, algunos artículos (92, 93 y 103) se aplican desde el 22 de julio de 2019.

El reglamento 2201/2003, según ARENAS GARCIA, MONTERO AROCA Y FLORS MATIES este reglamento sucede al 1347/2000, pasando a ser la espina dorsal en cuanto a la regulación comunitaria en lo referente al derecho de familia.

En su artículo 1 establece que su ámbito de aplicación, se extiende con indiferencia del órgano jurisdiccional a la materia civil relativa en su punto a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial.

El capítulo II, en la sección primera versa sobre la competencia relativa al divorcio, a la separación judicial y la nulidad matrimonial. Y su artículo 3 indica que la competencia va a recaer sobre los órganos jurisdiccionales del Estado miembro, donde se halle territorialmente En este sentido ARENAS GARCIA, MONTERO AROCA Y FLORS MATIES indican que también opera como criterio competencial la nacionalidad de los cónyuges o para Reino Unido y e Irlanda, "domicile" común, siendo domicile un término inglés que refiere a un lugar de vinculación de la persona y a su vez, esto se deduce del artículo 3.2 del reglamento citado (2201/2003)⁴⁴. Y de igual forma el artículo 4 de los reglamentos remite al artículo 3 para el tema de la reconversión.

No obstante, el reglamento de la Unión Europea número 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019 elimina el supuesto de domicile.

El citado reglamento en su artículo 5 establece la competencia para la conversión de la separación (legal o judicial) en divorcio, indicando que el órgano judicial de un Estado miembro que realiza la resolución relativa a la separación es igualmente competente para el posterior divorcio si lo hay, siempre y cuando la ley del estado en concreto lo permita, en España al hilo del artículo 21 y 22 de la LOPJ se permite.

⁴⁴ V., ARENAS GARCIA, R., MONTERO AROCA, J., FLORS MATIES, J., *Separación y divorcio tras la ley 15/2005*, op. cit., p. 317.

El artículo 6 del reglamento de la unión europea 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, indica que la competencia se regulará por el derecho interno si por los artículos 3, 4, y 5 de dicho reglamento, no se ha podido determinar.

El reglamento a su vez precisa que solo si se tiene en cuenta lo dispuesto en los artículos 3, 4, y 5 del presente reglamento, se puede requerir por el orden jurisdiccional de un estado miembro a un residente o nacional de otro.

El último punto del reglamento 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, indica que todo aquel que sea nacional de un estado miembro y este residiendo en otro estado miembro puede invocar las normas de derecho internacional relativas a la demanda con un elemento de un tercer estado no miembro en igualdad con los nacionales del estado miembro. Según PLEITEADO MARISCAL donde establece la competencia internacional en la materia, con la aplicación de los foros de competencia del reglamento Bruselas II BIS. Los foros de competencia respecto del vínculo matrimonial son alternativos, de manera que cualquiera de ellos otorga competencia en lo que concurre el punto de conexión aunque sea el único de entre todos por lo que varios estados pueden tener competencia para conocer de un proceso de nulidad separación y divorcio en los que aparezca un elemento extranjero⁴⁵.

El foro de competencia del artículo 3 se puede ver en la SSTJUE 16 de julio de 2009, asunto C-168/08. *“(...) el tribunal del Estado miembro requerido deba verificar, en aplicación del artículo 64, apartado 4, del Reglamento n° 2201/2003, si el tribunal del Estado miembro de origen de una resolución judicial habría sido competente en virtud del artículo 3, apartado 1, letra b), del mismo Reglamento, esta última disposición se opone a que el tribunal del Estado miembro requerido considere que son nacionales únicamente del Estado miembro requerido unos cónyuges que poseen ambos tanto la nacionalidad de dicho Estado como la nacionalidad del Estado miembro de origen. Dicho tribunal deberá, por el contrario, tener en cuenta el hecho de que los cónyuges poseen igualmente la nacionalidad del Estado miembro de origen y que, por lo tanto, los tribunales de este último podrían haber sido competentes para conocer del litigio (...)”*⁴⁶.

Estoy de acuerdo con PLEITEADO MARISCAL al determinar cómo innecesaria que la norma europea en su artículo 7 (RB II BIS), ordene o prevea aplicación de las normas

⁴⁵ V., PLEITEADO MARISCAL, P., *Procesos matrimoniales y resolución extrajudicial de la crisis del matrimonio y de la pareja*, op. cit., p. 124.

⁴⁶ SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Tercera). de 16 de julio de 2009 asunto C-168/08, Laszlo Hadadi (Hadady) y Csilla Marta Mesko, esposa de Hadadi (Hadady).

internas de los estados miembros ya que es lo que ocurriría aunque no lo dijera el artículo 7 ya citado⁴⁷.

b) Derecho interno

La LOPJ en su artículo 21 establece “la extensión y límites de la jurisdicción” española, y en España como en todos los países, hay que indicar primero si un país es o no competente cuando hay un elemento extranjero. El derecho interno español al hilo de la competencia en su artículo 21 de la LOPJ establece que los tribunales españoles van a conocer de aquellas cuestiones que ocurran en el territorio español de acuerdo con la normativa internacional, es decir, la ley interna nos remite a los foros de competencia regulados en los sucesivos tratados internacionales de los que España sea parte en primer lugar y luego nos remite a su derecho interno para determinar cuál sería el concreto órgano judicial, del concreto territorio, que debiera conocer de un asunto en concreto.

Además de esto, el mismo artículo 21 de la LOPJ establece que la inmunidad de jurisdicción es aplicable a determinados bienes y personas, y por tanto no se puede enjuiciar tales supuestos. En este sentido ARENAS GARCIA, MONTERO AROCA Y FLORS MATIES “*indican que en el tema de la competencia en España, como en todos los países, hay que indicar primero si un país es o no competente*”⁴⁸.

El artículo 22 de la LOPJ establece los foros de competencia exclusiva de España y entre ellos destaco la materia que aquí me trae objeto de este trabajo. No obstante, en defecto de reglamento y convenio, se aplica la normativa de derecho interno sobre competencia internacional.

El artículo 22 quarter de la LOPJ establece que si no es competencia de otro Estado extranjero los tribunales españoles serán competentes para (en su punto c) la nulidad, la separación y el divorcio, siempre que ambos cónyuges tengan residencia habitual en España al momento de interposición de la demanda, o si el matrimonio tuvo España su última residencia habitual y aun resida uno de ellos allí, o en virtud del foro general del domicilio del demandado, el demandado resida en España de manera habitual, o si la demanda (nulidad, separación y divorcio) fuese de mutuo acuerdo, en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve residiendo en España de manera habitual

⁴⁷ V., PLEITEADO MARISCAL, P., Procesos matrimoniales y resolución extrajudicial de la crisis del matrimonio y de la pareja, op.cit., p 121.

⁴⁸ V., ARENAS GARCIA, R., MONTERO AROCA, J., FLORS MATIES, J., *Separación y divorcio tras la ley 15/2005*, op. cit., p. 312.

mínimo un año desde que se tubo por interpuesta la demanda, o si el demandante es español y reside en España de manera habitual como mínimo 6 meses antes de que se tuviese por interpuesta la demanda, o si ambos son nacionales españoles.

En la misma línea se presenta el artículo 22.sexies de la LOPJ donde se determina la competencia para establecer las medidas provisionales y de aseguramiento de las decisiones judiciales de los distintos tribunales. Y para esto la LOPJ establece el foro de competencia territorial, es decir, los tribunales españoles serán competentes para adoptar estas medidas cuando las personas o bienes que se intentan proteger están en España y han de cumplirse en España. Igualmente serán competentes para establecer estas medidas los tribunales españoles si han conocido del asunto principal.

1.2. Jurisdicción por razón del objeto

El artículo 9.2 de la LOPJ determina que los Tribunales y Juzgados del orden civil van a conocer de sus propias competencias atribuidas a este en esta y otras leyes y también van a conocer de aquello que no está atribuido a otro orden. En este sentido CALDERÓN CUADRADO, GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR, y MONTERO AROCA indican que los tribunales del orden civil son los tribunales ordinarios tipo, ya que van a absorber todo aquello que nadie tenga atribuido, al ser derecho común⁴⁹. La materia objeto de nuestro trabajo corresponde al orden jurisdiccional civil, por estar regulada en el Código Civil y no estar ligada a otros órdenes.

1.3. Competencia objetiva

En este apartado se va a analizar la competencia objetiva, siendo esta aquella que, permite determinar el tipo de tribunal civil que va a conocer de un asunto en primera o única instancia. En el artículo 769.1 de la LEC se precisa que si no se dispone otra cosa, estableciendo lo que procede a continuación como regla general. Va a ser competente objetivamente para conocer de este tipo de procedimientos (nulidad, separación y divorcio), el juzgado de 1º instancia. En este sentido PLEITEADO MARISCAL, entiende que la LEC establece en este artículo 769.1 la competencia objetiva de cara a los tribunales de primera instancia con carácter general, con la salvedad que cabe otro tipo

⁴⁹ CALDERÓN CUADRADO, M. P., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil*, 27ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 126.

de disposición que indique la competencia para otro tribunal. Nombrando dos casos el de los juzgados de familia y el de los el juzgado de violencia sobre la mujer⁵⁰.

Para precisar en esta cuestión he de hacer referencia al artículo 98 LOPJ.

El artículo 98 de la LOPJ, en su apartado primero, dispone que *«El Consejo General del Poder Judicial podrá acordar, previo informe de las Salas de Gobierno, que en aquellas circunscripciones donde exista más de un Juzgado de la misma clase, uno o varios de ellos asuman con carácter exclusivo, el conocimiento de determinadas clases de asuntos, o de las ejecuciones propias del orden jurisdiccional de que se trate, sin perjuicio de las labores de apoyo que puedan prestar los servicios comunes que al efecto se constituyan»*⁵¹. Esto significa que puede otorgar el Consejo General del Poder Judicial el conocimiento de determinadas cuestiones a un tribunal, siempre que haya un informe previo de la Sala de Gobierno a tal efecto. En este sentido, PLEITEADO MARISCAL precisa que juzgados especializados para familia hay un total cercano a 120 en 2019, indicado a su vez que la especialización y nomenclatura de familia es “común y extendida”⁵².

Respecto a la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, el artículo 87.ter. 2 y 3 de la LOPJ nos indica la competencia que le viene encomendada a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en el orden civil en el punto segundo acepción b) se indica su competencia para los procesos de nulidad, separación y divorcio como expongo a continuación.

El artículo 87 ter.2 b) señala que:

«Los de nulidad del matrimonio, separación y divorcio»

Precisa más allá el artículo 87 ter, apartado 3, que estos juzgados van a tener esa competencia *«de forma exclusiva y excluyente en el orden civil»*. Si se dan una serie de requisitos de forma simultánea.

Indicándose que si la materia es del artículo 87 ter.2 de la LOPJ, y los procesos de separación, nulidad y divorcio lo son. No obstante, además de esto se han de dar unos

⁵⁰ V., PLEITEADO MARISCAL, P., *Procesos matrimoniales y resolución extrajudicial de la crisis del matrimonio y de la pareja*, op. cit., p 124.

⁵¹ Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

⁵² V., PLEITEADO MARISCAL, P., *Procesos matrimoniales y resolución extrajudicial de la crisis del matrimonio y de la pareja*, op. cit., p 124.

requisitos que una de las partes de la relación debe de estar inmersa en una situación de violencia de género referida en artículo 87 ter de la LOPJ.

Para que se de la competencia exclusiva y excluyente también se ha debe de imputar por violencia de género en concepto de autor, inductor o cooperador necesario, a la pareja. Por último también se debe de haber “*iniciado ante el juez de violencia sobre la mujer actuaciones penales por delito o falta a consecuencia de un acto de violencia sobre la mujer, o se haya adoptado una orden de protección a una víctima de violencia de género*” (apartado d del artículo 87 ter. Punto tercero). En este sentido DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ PICAZO GIMENEZ, VEGA TORRES, el Juzgado de Violencia Sobre la Mujer, puede conocer de estos asuntos en virtud del 87.ter LOPJ en relación con el 49 bis de la LEC⁵³.

Es decir, que para que conozca de manera exclusiva y excluyente el juzgado de violencia sobre la mujer de un proceso de divorcio, debe de haber un proceso de violencia de género, y a su vez el marido debe de esta imputado como autor, cooperador necesario o inductor y a su vez se inicien actuaciones penales frente al acusado ante el tribunal de violencia sobre la mujer.

Tal y como podemos deducir del contenido del artículo 49 de la LEC se prevé la posibilidad que el demandado pueda atacar la competencia objetiva mediante escrito de declinatoria.

La LO1/2004 de 28 de diciembre de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género, la incluyó porque aunque no determina la competencia, aunque sí que incorpora aquellas medidas que se va a aplicar para proteger a las víctimas de violencia de género. No obstante cabe indicar que será competente dicho juzgado de las materias a las que alude el artículo 14.5 de la LECRIM.

1.4. Competencia territorial

Para CALDERÓN CUADRADO, GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR, y MONTERO AROCA, la competencia territorial se establece con gran detalle en el artículo 769, basándose sobre todo en la ideal del fuero del lugar del domicilio conyugal⁵⁴. Para DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ PICAZO GIMENEZ, VEGA TORRES, la

⁵³ DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ PICAZO GIMENEZ, I., VEGA TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Ramón Areces, Madrid, 2014, p. 550.

⁵⁴ V., CALDERÓN CUADRADO, M.P., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil*, op. cit., p. 786.

competencia territorial la va a ostentar por regla general el juzgado de primera instancia del domicilio conyugal. No obstante, hay otra serie de foros de competencia en virtud de los cuales, pueden reclamar estos otros tribunales la competencia⁵⁵.

El párrafo segundo del artículo 769 de la LEC establece que quien no disponga de residencia o domicilio fijos puede ser demandado en el lugar de su última residencia conocida, por el demandante. Finalmente el último inciso del párrafo segundo del artículo 769 de la LEC determina que si no es posible determinar por las vías antes dichas la competencia para este asunto se toma como competente el tribunal del domicilio del actor.

El segundo punto del artículo 769 de la LEC se centra en cuando el proceso es de mutuo acuerdo (nulidad separación y divorcio,) el cual se regula en el artículo 777 de la LEC, se estima como competente el juzgado del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes. En este sentido DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ PICAZO GIMENEZ, y VEGA TORRES, entienden que, jamás será el tribunal competente para establecer las medidas provisionales el mismo que el competente para el proceso⁵⁶.

El punto tercero del artículo 769 de la LEC nos indica que si el proceso solo se va a pronunciar sobre la guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores, tendrá la competencia el juzgado de 1º instancia del último domicilio común de los progenitores. Precisa el apartado en sus últimas líneas que si los progenitores (padres), no residen en el mismo partido judicial, quien interponga la demanda (el demandante) elige el foro de competencia entre el domicilio del demandado o el de la residencia del menor.

El artículo 769 de la LEC cierra precisando que el propio tribunal va a examinar de oficio su competencia y que las partes no pueden contradecir mediante pactos o acuerdos lo que el 769 de la LEC expresa, es decir, no se pueden someter a los tribunales de Navarra si el matrimonio ni se domicilia en Navarra, ni si el hijo es de Navarra, ni ha residido allí, ni si no es el partido judicial de ninguno de los cónyuges/padres.

⁵⁵ DE LA OLIVA SANTOS,A., DIEZ PICAZO GIMENEZ, I., VEGA TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, op. cit., pp. 551 a 558.

⁵⁶ V., DE LA OLIVA SANTOS,A., DIEZ PICAZO GIMENEZ, I., VEGA TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, op. cit., pp. 551 a 558.

2. Procesos de separación o divorcio contenciosos y de nulidad del matrimonio

Se hayan regulados en los artículos 769 y siguientes, no obstante también le son de aplicación los artículos 748 a 755 de manera general, y los preceptos del Código Civil de los artículo 73 en adelante.

En este sentido para CALDERÓN CUADRADO, GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR, y MONTERO AROCA indican que en aquellas cosas no previstas se le aplicaran los artículos 748 a 755 de la LEC y después las cuestiones generales que son relativas a los procesos de juicios verbales al ser este tipo de procesos (nulidad, separación y divorcio) un proceso verbal⁵⁷.

El proceso de separación o divorcio contenciosos y de nulidad del matrimonio se aplica conforme a las disposiciones del Código Civil y la LEC que ya enumeré.

2.1. Legitimación

En cuanto a la legitimación conviene a destacar el artículo 74 del CC, viene a determinar que sujetos están legitimados para realizar la acción de nulidad matrimonial. Teniendo esta legitimación los contrayentes, el Ministerio fiscal y los terceros que contengan interés directo y legítimo.

El artículo 75 del CC establece una excepción a lo anterior *«cuando la causa se funde en la edad, porque no la haya alcanzado alguno de los cónyuges, esa acción de nulidad solo la va a poder realizar el los padres o tutores, guardadores del menor o sino el ministerio fiscal»*.

«Si el menor continúa casado con su cónyuge, al alcanzar la mayoría de edad este también podrá instar la nulidad, pero, si este convive más de un año con el cónyuge tras alcanzar la mayoría de edad pierde este derecho».

En este artículo como ya se mencionó es una excepción, esa excepción viene referida a la edad como causa, la cual fue analizada en el correspondiente apartado de la separación.

El artículo 76 del CC nos viene a precisar que la acción de nulidad basada en el miedo, la coacción, o el error solo la podrá realizar el que ha sufrido esa situación de miedo, error, o coacción. Lo cual es lógico dado que la única persona que puede saber si ha sufrido miedo o coacciones es el propio intimidado o coaccionado, puesto que la percepción de miedo o coacción es diferente para cada persona, y algo que a una persona puede aterrar para otra puede ser un chiste. Por ejemplo: si no te casas conmigo mato al tu perro, para

⁵⁷ V., CALDERÓN CUADRADO, M. P., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil*, op. cit., p. 786.

una persona empática con los animales, puede ser una coacción suficiente y acceder a la propuesta de matrimonio por dicha coacción, pero para otra persona podría ser un chiste o no tomarse ni en serio esa coacción o intimidación. No obstante recordar que la intimidación o coacción, debe de ser cierta y real.

En este sentido para CALDERÓN CUADRADO, GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR, y MONTERO AROCA indican que son legitimados los contrayentes, el Ministerio Fiscal y los terceros que contengan interés directo y legítimo (para la nulidad se establece en el artículo 74 del CC, teniendo en cuenta las consideraciones y especialidades de los artículos 75 y 76 del CC), y para separación y divorcio (artículos 81 a 86 del CC)⁵⁸.

En el artículo 76 del CC, se establece a su vez que la acción caduca al año siguiente en el que esa situación se supere. En el ejemplo propuesto caso de matar al perro (o te casas conmigo o mato al perro) esa situación es insuperable, puesto que de dejarlo podría matar al perro, salvo que esa amenaza se diera fruto de una depresión o anomalía psíquica no controlada en un momento puntual. En ese supuesto una vez superada la depresión o estabilizado el tratamiento psiquiátrico esa persona dispondría de 1 año antes de que caducase la potestad para ejercitar la acción de nulidad por este motivo.

En lo que a legitimación se refiere el artículo 81 del Código Civil, nos indica la obligatoriedad para jueces, ya que, los mismos van a tener que declarar la separación sin importar la forma en la que se haya celebrado el enlace. Esto será así para el supuesto que haya hijos que debido a su estado especial o características peculiares dependen de sus progenitores. Estas características son la no emancipación del menor o la modificación judicial de la capacidad del menor.

Además de darse estas situaciones, para que el juez declare la separación por este artículo 81 del CC, debe de concurrir una de las siguientes formas:

A) La petición de separación al juez sea formulada por ambos cónyuges o con conformidad entre ellos presentando la petición solo por uno, siempre que, que matrimonio haya tenido una vida superior a 3 meses, tomando como fecha de inicio de la vida del matrimonio, la de celebración del mismo. A esta demanda de separación debe

⁵⁸ V., CALDERÓN CUADRADO, M.P., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil 27ª Edición, op. cit., p. 787.

de acompañársele un posible convenio regulador que respete el contenido del artículo 90 del CC.

B) Lo podrá pedir un cónyuge solo, es decir, sin conformidad ni acuerdo con la otra persona cuando el matrimonio haya tenido una vida superior a 3 meses, tomando como fecha de inicio de la vida del matrimonio, la de celebración del mismo. Este plazo de 3 meses se podrá omitir, en los supuestos en los que haya alguna circunstancia de las enumeradas en el artículo 81, párrafo tercero del CC. , esos riesgos son: « (riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual). Estas circunstancias se han de dar en la persona del cónyuge demandante de la situación de separación o en los hijos.

A la demanda que se presente para solicitar la separación se le ha de incluir una propuesta de proposición de medidas con el objeto de regular aquellos efectos que vayan a ser derivados de la separación.

En el proceso del artículo 86 del CC podemos destacar que procederá un divorcio judicial para el supuesto de que un cónyuge lo pida, o los dos o uno con el consentimiento del otro, todo esto si se dan los requisitos del artículo 81 del CC, (ya mencionado en la parte de separación, remito allí).

2.2. Demanda de nulidad, separación y divorcio

El artículo 770 de la LEC nos establece la guía marco sobre el proceso de nulidad, separación y divorcio contenciosos, con la excepción de las reguladas en el artículo 777 consensual, al cual haré referencia más adelante, y en definitiva de aquellas demandas del título IV del libro I del Código Civil. En este sentido DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ PICAZO GIMENEZ, VEGA TORRES entienden estas demanda se van a tramitar por los cauces relativo a los juicios verbales⁵⁹.

El artículo 770 de la LEC nos dispone que la certificación de la inscripción del matrimonio debe de acompañar a la demanda, de igual forma si hubiere hijos, la inscripción en el registro civil relativa al nacimiento de tales hijos también deberá acompañar a la demanda, también aquellos documentos en los que las partes funden sus derechos. Para el caso de medidas de carácter patrimonial, aquel que interponga la demanda, el actor, tiene que aportar con la demanda aquellos documentos que permitan

⁵⁹ V., DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ PICAZO GIMENEZ, I., VEGA TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, op. cit., pp. 551 a 558.

esclarecer la situación patrimonial de la pareja y de los hijos si estos son perceptores de algún tipo de renta o presuponen un sobrecosto. Para determinar estas situaciones económicas los documentos a aportar pueden ser declaraciones de la renta, nominas certificados bancarios, documentos donde se acrediten alguna titularidad de alguna propiedad o certificados registrales.

Una vez que se interpone la demanda cabe su admisión o no por los tribunales y por tanto la contestación a la demanda por la contraparte.

2.3. Contestación a la demanda

Una vez que se admite a trámite la demanda, se da traslado de ella a las partes demandadas para que por escrito en 10 días contesten a la misma según los trámites del juicio ordinario. Pasados los 10 días el demandado ni comparece ni contesta se le declara en rebeldía.

Si el demandado quiere contestar a la demanda y a su vez interponer reconvenición, este deberá proponerla conjuntamente con la demanda, dando al actor el plazo de 10 días para contestarla. Admitiéndose únicamente si es fundada con base a estos motivos tasados numerus clausus: si se funda por los motivos de nulidad, cuando la parte demandada quiera el divorcio, cuando la parte demandada quiera la separación y cuando la parte demandada quiera la adopción de medidas definitivas, no solicitadas en la demanda, y sobre las que el tribunal no deba pronunciarse de oficio (art. 770.2ª LEC).

2.4. Tramite de la vista

El artículo 770.3º de la LEC nos indica que si se determina que hay lugar a la vista las partes deben acudir por ellas mismas, indicando que si uno no comparece y el otro sí, siempre que la incomparecencia no derive de algo justificativo, podrá indicar que se tenga por admitidos lo alegado por la parte que si compareció a la vista de cara a medidas definitivas de carácter patrimonial. El artículo añade expresamente que es obligatoria la presencia de los abogados de las partes. En este sentido DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ PICAZO GIMENEZ, VEGA TORRES entienden que las partes han de concurrir personalmente, y de incomparecer de manera injustificada se admiten los hechos de la

contraparte⁶⁰. En el mismo sentido se pronuncia CALDERÓN CUADRADO, GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR y MONTERO AROCA,⁶¹

2.5. Pruebas

En los procesos de nulidad, separación y divorcio también se puede pedir la práctica de pruebas el artículo 770.4º nos indica que si la prueba pedida por las partes o el tribunal no puede hacerse en la vista, se practicará en el plazo que señalara el juzgado no superior a 30 días. Mientras dure ese plazo “(...) el tribunal podrá acordar de oficio las pruebas que estime necesarias para comprobar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil para decretar la nulidad, separación o divorcio, así como las que se refieran a hechos de los que dependan los pronunciamientos sobre medidas que afecten a los hijos menores o incapacitados, de acuerdo con la legislación civil aplicable (...)”. Artículo 770. 4º. Si estamos ante un proceso contencioso y el juez de oficio, o porque lo pida el fiscal, las partes, los miembros del equipo directivo o el menor, se van a oír al menor o al incapaz con juicio suficiente, no obstante si el menor es mayor de 12 años se oirá siempre.

En el mismo sentido se pronuncia CALDERÓN CUADRADO, GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR, y MONTERO AROCA indicando que se pueden practicar pruebas fuera de la vista en un plazo señalado por el juez⁶².

Cuando deba de ser oído un menor en este tipo de procesos se oirá en las condiciones idóneas para la salvaguardia de sus intereses, sin que fuera intervenido por otras personas o si lo precisa con auxilio de especialistas.

2.6. Transformación de un proceso contencioso a un proceso de mutuo acuerdo

El artículo 770.5ª de la LEC entiende que el poder de convertir lo contencioso en consensual es más fuerte que la disputa jurídica. De tal modo que en cualquier momento del proceso si se dan los requisitos del artículo 777 de la LEC (proceso de mutuo acuerdo). Las partes van a poder pedir que el proceso siga los tramites que se establecen para el proceso de mutuo acuerdo o consensual.

En el mismo sentido se pronuncia CALDERÓN CUADRADO, GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR, y MONTERO AROCA indicando que este proceso contencioso

⁶⁰ V., DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ PICAZO GIMENEZ, I., VEGA TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, op. cit., pp. 551 a 558.

⁶¹ V., CALDERÓN CUADRADO, M.P., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil*, op. cit., p. 788.

⁶² V., CALDERÓN CUADRADO, M.P., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil*, op. cit., p. 788.

puede transformarse en uno consensual estando en cualquier estado el proceso de haber pacto valido entre las partes⁶³.

2.7. Medidas provisionales previas a la demanda

EL artículo 771 de la LEC nos dispone que como se pueden formular aquellas medidas provisionales que son previas a la demanda de nulidad, separación o divorcio.

La parte procesal que quiera ser la demandante e interponer la demanda relativa a las crisis matrimoniales (nulidad, separación y divorcio) puede pedir al tribunal de su domicilio que aplique los artículos 102 y 103 del Código Civil. En este sentido CALDERÓN CUADRADO, GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR, y MONTERO AROCA entendiendo que no es necesario acudir con abogado y procurador para la petición de medidas provisionales aunque sí para el resto del proceso⁶⁴.

De solicitarse este tipo de medidas el LAJ, cita para que comparezcan en los 10 días siguientes a dicha solicitud, a las partes, y al MF si hay menores o incapaces de por medio, para intentar llegar a un acuerdo. En esta cita para llegar a un acuerdo la parte demandada de la pareja habrá de acudir con abogado y procurador.

Tras la comparecencia el LAJ de la resolución del acuerdo sobre estas medidas da cuenta al tribunal en ese mismo día, para que acuerde el tribunal en caso de que la urgencia del asunto lo reclame de inmediato lo que considere oportuno sobre si aplica los efectos del artículo 102 del CC, o sobre los menores, uso de la vivienda y el ajuar.

Frente a esta decisión judicial no cabe recurso.

El punto tercero del artículo 771 dispone que en la comparecencia si dicho acuerdo no se aprueba, se practicasen las pruebas necesarias que pidan los cónyuges o aquellas que reclame de oficio el tribunal, si no pueden practicarse las pruebas en la comparecencia el LAJ determina fecha para la práctica de las mismas dentro de los 10 días siguientes. En este sentido DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ PICAZO GIMENEZ, VEGA TORRES entienden que las partes han de concurrir personalmente, y de incomparecer de manera injustificada se admiten los hechos de la contraparte ⁶⁵

⁶³ V., CALDERÓN CUADRADO, M. P., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., *ibidem*, p. 789.

⁶⁴ V., CALDERÓN CUADRADO, M. P., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., *ibidem*, p. 792.

⁶⁵ V., DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ PICAZO GIMENEZ, I., VEGA TORRES, J., *CURSO DE DERECHO PROCESAL CIVIL II*, op. cit., pp. 551 a 558.

El punto cuarto del artículo 771 de la LEC dispone que una vez terminada la comparecencia y la práctica de pruebas dispuestas para esta comparecencia o postergadas a los 10 siguientes por el LAJ. El tribunal tiene la obligación de resolver en el plazo de 3 días por auto contra el que no cabe recurso.

El último apartado del artículo 771 de la LEC menciona que lo acordado como medida provisional solo tiene validez durante 30 días, si no se interpone la demanda de interponerse la demanda subsistirán estas medidas que podrán ser modificadas o suprimidas.

2.8. Confirmación o modificación de las medidas provisionales

El artículo 772 de la LEC nos habla de la confirmación de las medidas provisionales que se implantaron previas a la demanda o su modificación una vez que se admita la demanda.

El citado artículo dispone en su primer apartado que si hay medidas provisionales anteriores a la demanda, una vez que se admite la misma, el LAJ une las actuaciones relativas a la adopción de dichas medidas a los autos del proceso de crisis matrimonial, solicitando el testimonio de actuaciones si las medidas se han realizado por un tribunal distinto del aquel que conoce del objeto la demanda.

Si el tribunal estima oportuno que se modifiquen o completen estas medidas previas emplaza a las partes en una comparecencia, la cual señala el LAJ, en idéntica forma a lo establecido para la interposición de las medidas previas dispuesto en el artículo 771 de la LEC.

Contra este auto no cabe recurso.

2.9. Medidas provisionales solicitadas en la demanda de nulidad, separación o divorcio.

El artículo 773 de la LEC sobre medidas provisionales consecuencia de admitir a trámite la demanda de nulidad, separación o divorcio.

En primer lugar el artículo 773 ya citado indica que la parte de la pareja que inste la crisis por la demanda puede pedir en esta lo que estime oportuno a los efectos de medidas provisionales siempre y cuando lo que se pida no haya sido ya adoptado. De igual forma los cónyuges (la pareja) pueden solicitar la aprobación de su acuerdo por el tribunal, conviene precisar que dicho acuerdo no es vinculante ni para las partes ni para el tribunal en lo que a medidas definitivas se refiere.

Ya admitida la demanda el punto segundo del artículo 773 de la LEC dispone que tiene que resolver sobre las medidas provisionales, que derivan del 773.1 de la LEC. Cumpliendo siempre con lo dispuesto en el Código Civil en su artículo 103 ya pormenorizado en este trabajo.

El LAJ, antes de que el tribunal resuelva lo oportuno sobre las medidas provisionales, emplaza a los cónyuges, y al MF si procede, (caso de que haya menores o incapacitados pendientes del proceso) a una comparecencia que seguirá los trámites del artículo 771 de la LEC.

Cabe destacar que tampoco cabe recurso contra el auto que se dicte.

Sobre la cuestión se pronuncia CALDERÓN CUADRADO, GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR, y MONTERO AROCA indicando que tras la audiencia a las partes y al MF, en los casos en que corresponda, resuelve por auto irrecurrible con vigencia máxima de 30 si no se inicia el proceso de crisis matrimonial que ha motivado tales medidas provisionales. Y si no se solicitaron previamente a la demanda se pueden solicitar en la misma teniendo efecto hasta que la sustitución de las mismas por las definitivas o por la terminación del proceso⁶⁶.

2.10. Medidas provisionales solicitadas en la contestación a la demanda

El demandado a su vez también va a poder solicitar medidas provisionales, si no se han sido adoptadas antes o no han sido solicitadas por el demandante (actor). La solicitud de medidas provisionales debe de realizarse en la contestación a la demanda sustanciándose en la vista en los 10 días siguientes a la contestación. La solicitud será resuelta por el tribunal por auto ante el que no cabe recurso, si no se pudiese resolver en la misma vista

Si la vista no se puede concretar en el plazo de 10 días, el LAJ aplicara la comparecencia del 773.3 de la LEC.

2.11. Cese de las medidas provisionales

El último apartado del artículo 773, sobre medidas provisionales, indica que estas van a quedar sin efecto siendo sustituidas por aquellas que indique la sentencia que resuelva en cuanto al fondo.

⁶⁶ V., CALDERÓN CUADRADO, M.P., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil*, op. cit., p. 792.

Sobre la cuestión se pronuncia CALDERÓN CUADRADO, GÓMEZ COLOMER, BARONA VILAR, y MONTERO AROCA indicando que tienen efecto hasta la sustitución de las mismas por las definitivas o por la terminación del proceso⁶⁷.

3. Medidas definitivas

El artículo 774 de la LEC establece la regulación básica sobre las medidas definitivas, es decir, sobre la sentencia.

Precisa en su primer precepto que en el acto de la vista, de no haberlo hecho antes, las partes pueden someter al tribunal su acuerdo y proponer aquellas pruebas que estimen objetivas para entender que dicho acuerdo es válido y procede.

De no haber acuerdo este artículo 774 en su apartado segundo establece que se realizaran las pruebas pertinentes para determinar qué medidas adoptar. Podrán proponer pruebas las partes (cónyuges), el MF y el tribunal podrá acordar cualesquiera que estime oportunas de oficio.

En su punto tercero establece el artículo 774 ya citado, establece que el tribunal tiene la obligación de resolver aquellas medidas en las que los cónyuges estén de acuerdo en la sentencia, independientemente del momento en el que llegaron al acuerdo siempre que no sea posterior a la sentencia.

De no haber acuerdo o no haberse aprobado el acuerdo al que llegaron los cónyuges, el tribunal determina las medidas a su juicio en la sentencia.

La sentencia admite recurso. No obstante el recurso no va a suspender la eficacia de las medidas acordadas en la sentencia. Si solo se impugnan las medida el LAJ va a declarar la firmeza en lo referente a la situación matrimonial (siendo nulo el matrimonio, habiéndose separado, o divorciado)

Para DE LA OLIVA SANTOS, DIEZ PICAZO GIMENEZ, VEGA TORRES, entienden que la sentencia que se pronunciará sobre las medidas y la las concretaran⁶⁸.

⁶⁷ V., CALDERÓN CUADRADO, M. P., GÓMEZ COLOMER, J. L., BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., *ibidem*, p. 792.

⁶⁸ V., DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ PICAZO GIMENEZ, I., VEGA TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, op. cit., pp. 551 a 558.

4. Modificación de medidas definitivas y ejecución forzosa

4.1. Modificación de medidas definitivas

El artículo 775 de la LEC versa sobre la modificación de las medidas definitivas. Y dispone que el MF, si hay personas de especial defensa como son hijos menores o incapacitados, y los cónyuges van a poder solicitar al tribunal que resolvió sobre las cuestiones referidas a las medidas definitivas, imponiendo estas, la modificación de tales medidas si aquellas circunstancias que motivaron aquellas medidas han cambiado.

Seguirán el proceso del artículo 770 para solicitar la modificación, pero si hay convenio regulador o están de acuerdo los cónyuges será por el procedimiento del artículo 777 al que me referiré en el apartado de proceso de separación o divorcio por consenso.

El último punto del artículo 775 de la LEC dispone que las partes si así lo quieren pueden pedir en la demanda o en la respectiva contestación a la misma aquellas modificaciones provisionales de medidas definitivas que consideren oportunas que hayan sido adoptadas en un juicio anterior, con forme a lo dispuesto en el artículo 773 de la LEC

La sentencia del Tribunal Supremo. (Sección: 1) Sala de lo Civil, núm. 183/2018, de 04 abril de 2018 es un claro ejemplo de un proceso de modificación de medidas con intervención del ministerio fiscal donde la custodia del menor con síndrome de asperger pasa por la madre, luego se modifica al padre y por último, se ratifica que la misma la ostente el padre desestimando los recursos de casación e infracción procesal interpuestos por la madre⁶⁹.

Otro ejemplo de la modificación de medidas definitivas alcanzadas en el proceso en virtud del artículo 775 de la LEC lo podemos ver en la sentencia del Juzgado de Violencia sobre la Mujer núm. 4 de Igualada (Provincia de Barcelona), de 16 marzo de 2016.

“(…) Las partes manifestaron que habían alcanzado un acuerdo, en el siguiente sentido: que Don. Dionisio abonara la cantidad de 200 euros mensuales a Doña. Adoracion , en concepto de pensión compensatoria, durante un periodo de tres años, es decir desde el mes de abril de 2016 (incluido) hasta el mes de marzo (incluido) de 2019, dicha pensión compensatoria se extinguirá automáticamente en la expresada fecha de mes de marzo de 2019. dejando sin efecto lo establecido respecto a la pensión compensatoria, en la sentencia de divorcio de fecha 2 de junio de 2009, dictada por este Juzgado de primera Instancia e Instrucción nº 4 de Igualada , en sentencia nº 33/2009 (...)”⁷⁰.

⁶⁹ STS (Sala de lo Civil, Sección 1), núm. 183/2018, de 4 abril de 2018 (ROJ STS 1165/2018).

⁷⁰ FJ 2º de la SJVSM núm. 4 de Igualada (Provincia de Barcelona), de 16 marzo de 2016 (JUR 2016\113885).

En esta sentencia se puede ver un claro ejemplo de una modificación de medidas definitivas.

4.2. Ejecución forzosa

El artículo 776 de la LEC dispone la regulación básica sobre la ejecución forzosa de los pronunciamientos sobre medidas. Las medidas se van a ejecutar según lo dispuesto en el Libro III de la LEC con estos matices.

El cónyuge que no cumpla con las obligaciones de pago el LAJ puede imponerle multas coercitivas según lo establecido en el artículo 776 en relación con el artículo 711 de la LEC, pudiendo incluso atacar el patrimonio de dicho cónyuge por estas cantidades, si no son satisfechas en tiempo y forma.

Es importante destacar que algunos incumplimientos pueden derivar en aplicación del derecho penal que al suprimirse algunas faltas, podría reconducirse al delito de omisión de socorro, supuesto de incumplimiento de medidas de ayuda interpuestas en el convenio regulador para personas necesitadas de especial protección. No obstante si el incumplimiento no es grave será de aplicación el artículo 776 de la LEC.

El auto de AP de Navarra (Sección 2ª), de 5 enero de 2017 indica que:

“(…) Los supuestos graves de abandono a un menor desamparado o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección pueden subsumirse en el delito de omisión del deber de socorro. Y lo mismo sucede con la conducta del artículo 619(…). Los casos de mera obstaculización, cumplimiento defectuoso o incumplimientos sin la gravedad suficiente tienen un régimen sancionador en el artículo 776 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (...)”⁷¹.

Para el caso de que el incumplimiento sea derivado de obligaciones no pecuniarias personalísimas, no se va a aplicar la sustitución automática por la cantidad de dinero prevista según el 709 de la LEC. No obstante el tribunal puede establecer multas coercitivas que superen el año de vida que establece dicho precepto.

Si cualquiera de las partes incumple con sus respectivas obligaciones en lo derivado al régimen de visitas, se podría modificar dicho régimen por parte del tribunal, tal y como se establece en el artículo 776.3 de la LEC.

El último precepto del artículo 776 de la LEC dispone que si los gastos extraordinarios son objeto de ejecución forzosa y estos a su vez no están previstos en las medidas tanto

⁷¹ El auto de AP de Navarra (Sección 2ª), Auto núm. 1/2017, de 5 enero de 2017 de 5 enero (JUR 2017\18725).

definitivas como provisionales, antes del despacho de la ejecución debe de declararse cuál es la cantidad extraordinaria afecta a este supuesto en la solicitud. De la misma se hace una vista, según lo dispuesto en el artículo 440 de la LEC, la solicitud puede llevar aparejada oposición, en los 5 días siguientes. Esta cuestión se finaliza con el correspondiente auto del tribunal, en el que se pronunciará sobre la cuestión en concreto.

5. Proceso de separación o divorcio por consenso

5.1. Regulación legal, ámbito de aplicación y competencia

El proceso de separación y divorcio consensual aparece regulado con carácter especial en los artículos 769.2 y 777 de la LEC. No obstante los artículos los artículos 748 a 755 de la LEC establecen la normativa general y por consiguiente serán también aplicables a la materia.

Es igualmente importante destacar la parte sustantiva de los artículos 81 y siguientes ya mencionados del Código Civil, que concretan la regulación y el ámbito de aplicación de este tipo de procedimiento.

La competencia en este tipo de procedimientos se haya regulada en el segundo punto del artículo 769 de la LEC el cual se centra en el proceso de mutuo acuerdo (nulidad separación y divorcio,) regulado en el artículo 777 de la LEC, donde se estima como competente el juzgado del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes⁷².

5.2. Procedimiento

El procedimiento sobre esta materia (separación y divorcio consensuados), se haya detallado en el artículo 777 de la LEC.

El proceso quedaría así en virtud del artículo 777 de la LEC:

Se presenta un escrito, en el que se va a instar el proceso de crisis matrimonial consensuado con la oportuna certificación de la inscripción del matrimonio, y aquel documento del registro civil que acredite la de inscripción de nacimiento de los hijos, si los hay. A este escrito también deben añadir los cónyuges la propuesta de convenio regulador que se haya regulada en los preceptos del CC ya mencionados (artículo 82 y ss del CC). También deben de añadir las partes aquellos documentos en los que funden sus

⁷² V., DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ PICAZO GIMENEZ, I., VEGA TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, op. cit., pp. 551 a 558.

pretensiones. De igual modo también deben de añadir las partes el acuerdo final si lo hay tras la mediación.

Además de todo esto los cónyuges podrán proponer la práctica de pruebas, si documentalmente no pueden probar algo.

Una vez cumplimentado lo anterior, se admite la solicitud de separación o divorcio, el LAJ, emplaza a los cónyuges en los 3 días siguientes, para que muestren su conformidad con el acuerdo de manera separada y así nadie pueda ser coaccionado por la contraparte, garantizando de este modo que las decisiones sobre la postura de cada parte son libres, creando la apariencia de buen hacer entre los cónyuges.

Si uno de los cónyuges no está conforme con el acuerdo. El LAJ acuerda el archivo de lo actuado pasando al proceso contencioso, ya mencionado en el artículo 770 de la LEC. Esta resolución es recurrible mediante recurso directo de revisión ante el tribunal competente.

No obstante si ambos cónyuges están de acuerdo con la solicitud, pero lo aportado por las partes es insuficiente en cuanto al contenido de las precisiones o la forma. El LAJ o juez competentes, otorgan el plazo de subsanación de documentos de 10 días pudiendo practicar las pruebas necesarias para que se pueda despejar toda duda sobre la validez y eficacia del convenio.

En el supuesto que haya hijos menores, el tribunal ha de recabar un informe del MF, sobre aquellos aspectos relativos a los hijos, oyendo a estos si los mismos poseen el juicio suficiente. Para el caso que lo pidiera el tribunal de oficio, o por solicitud del MF, del equipo técnico judicial, o el menor en cuestión. Este tipo de pruebas de oír al menor sobre lo que quiere y lo que no, se realizarán en el plazo citado de 10 días. No obstante, si no se abrió dicho plazo o no se practicó esta prueba, se dará el plazo de 5 días para que realice esta prueba.

Una vez llegado a este punto del proceso, ya realizadas las pruebas que verifican el convenio. El tribunal dicta sentencia, donde determina si ha lugar el divorcio o la separación, y se pronuncia sobre el convenio si lo estima conveniente.

Si se otorga la separación o el divorcio por el tribunal pero se pone en entredicho el convenio regulador. Las partes dispondrán del plazo general de 10 días para la propuesta de un convenio regulador nuevo o corregir las partes que no encajasen en el convenio por

haber sido rechazadas por el tribunal. Este nuevo convenio estará limitado a precisar aquellos aspectos que no fueron aprobados en el juicio por considerarse que no eran válidos. Si se presenta la propuesta de nuevo convenio, o si no. El tribunal a los 3 días resolverá, en el tercer día, por auto.

Si la sentencia deniega la separación o el divorcio y el auto interpone medidas no reguladas en el convenio, o que se aleje en demasía de lo pactado por las partes en el convenio regulador, se podrá recurrir este auto en apelación. No obstante, el auto que decide lo referente a las medidas no suspende la eficacia de las mismas medidas, tampoco va a afectar a la firmeza de la sentencia en lo relativo al fondo (la separación y el divorcio).

Dicho lo anterior y si el convenio regulador ha sido aceptado por las partes y el tribunal habiendo ya sentencia o auto al efecto, podrá ser objeto de recurso por parte del MF siempre y cuando sea para velar por el interés superior del menor.

El artículo 777.9 de la LEC establece el régimen de modificación del convenio regulador que se hará conforme al procedimiento del propio 777, salvo que las partes no estén de acuerdo, que se llevara a cabo la modificación por lo dispuesto en el artículo 775, (ya mencionado), sobre la modificación de medidas en el supuesto que el proceso sea contencioso

El último apartado del artículo 777 de la LEC, establece la competencia del LAJ en esta materia, cuestión no baladí. Será competente el LAJ si no hay hijos menores que no estén emancipados o tengan su capacidad modificada si son dependientes de los progenitores.

Cuando el LAJ es competente este será quien dicte decreto en lo referente al convenio regulador. Dicho decreto va a declarar si ha lugar a su vez la separación y el divorcio.

Si el LAJ entiende que los acuerdos de las partes pueden dañar en exceso a uno de los cónyuges, o hijos mayores o menores emancipados, debe de dejar constancia a las partes y terminar el procedimiento. Quedando para las partes la vía del tribunal como única forma de aprobación del convenio

Aunque la ley dispone que no cabe recurso contra este decreto la nota informativa nº 22/2020 del TC indica que se *“vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE) porque ha creado un régimen de impugnaciones de las decisiones de los letrados de*

la Administración de Justicia generador de un espacio inmune al control jurisdiccional”⁷³. Establece que si se es recurrible en revisión ante el tribunal.

La modificación del convenio aprobado por el LAJ se realiza en virtud del artículo 777.10 de la LEC.

En este sentido, el artículo 54 de la ley del notariado indica que los cónyuges, de no tener hijos menores no emancipados o dotados de especial protección debido a que se le haya modificado la capacidad, van a poder acordar su separación o su divorcio de mutuo acuerdo, por un convenio regulador en escritura pública. Para ello van a tener que dar su consentimiento al *“Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes”*⁷⁴.

Para que el notario pueda realizar la escritura correspondiente de debe de ser de un proceso mutuo acuerdo entre las partes y estos deben de estar asistidos por abogado.

“La solicitud, los trámites y el otorgamiento de dicha escritura pública se harán de acorde a lo dispuesto en Código Civil y en esta ley”.

6. Eficacia civil de resoluciones de los tribunales eclesiásticos o de decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.

De este aspecto se ocupa la LEC en su artículo 778. En el mismo se dispone para demandas que se interpongan sobre esta cuestión el tribunal otorga el plazo general de 10 días a la contraparte y al Ministerio fiscal, para que aleguen lo que convengan en derecho, si no se pide la aplicación de medidas, o modificación de las mismas resolviendo por auto sobre esta cuestión.

Si la demanda solicita la aplicación de medidas o la modificación de las mismas se tramita según el proceso del artículo 770 de la LEC.

El Auto de la AP de A Coruña (Sección 4ª), de 9 octubre de 2012 indica que:

“(…)los procesos iniciados con anterioridad a la vigencia del Acuerdo sobre Asuntos Jurídicos con la Santa Sede de 3 de enero de 1979, de conformidad con su disposición transitoria 2ª, es de aplicación el Concordato 27 de agosto de 1953 (art. XXIV), daba eficacia civil directa a las sentencias canónicas (incluida, por ende, la de separación), lo

⁷³ Nota informativa del TC, Madrid, 5 de febrero de 2020., disponible en: https://www.tribunalconstitucional.es/NotasDePrensaDocumentos/NP_2020_022/NOTA%20INFORMA TIVA%20N%C2%BA%2022-2020.pdf

⁷⁴ Ley del Notariado de 28 de mayo de 1862. Gaceta de Madrid» núm. 149, de 29/05/1862.

que, además, era conforme con los artículos 80 y 82 del Código Civil (LEG 1889, 27), redactados según la Ley de 24 de abril de 1958. Y disponía el primero de ellos, que: El conocimiento de las causas de nulidad y separación de los matrimonios canónicos sobre dispensa de matrimonio rato y no consumado y sobre uso y aplicación del privilegio Paulino, corresponde, exclusivamente a la jurisdicción eclesiástica, conforme al procedimiento canónico, y sus sentencias y resoluciones firmes tendrán la eficacia en el orden civil, a tenor del artículo 82. Y este segundo precepto, La jurisdicción civil promoverá la inscripción y ejecutará, en todo lo demás relativo a efectos civiles, las sentencias y resoluciones firmes dictadas por la jurisdicción eclesiástica, sobre nulidad o separación de matrimonio canónico y sobre dispensa de matrimonio rato no consumado o aplicación del privilegio Paulino. La ejecución se llevará a cabo en virtud de comunicación canónica de las sentencias o resoluciones, o a instancia de quien tenga interés legítimo y presente el oportuno testimonio. Tal normativa era concorde con lo preceptuado en la Ley del Registro Civil (RCL 2011, 1432) de 8 de junio de 1957 y su Reglamento de 14 de noviembre de 1958, en cuanto dicha legislación establecía, tanto que las sentencias y resoluciones sobre validez, nulidad o separación del matrimonio y cuantos actos pongan término a éste, se inscribirán al margen de la inscripción de matrimonio, como que las inscripciones de las resoluciones judiciales precisarán el alcance y causa de la nulidad o separación conyugal (AP Barcelona 20-3-2007)(...)”⁷⁵.

En este auto se puede ver cómo ha ido evolucionando la cuestión a través de su aplicación en España.

V. CONCLUSIONES

1.- En la parte sustantiva del trabajo, en lo referente a la nulidad del matrimonio, me parece una regulación bastante coherente y que responde a un interés general, proteger el consentimiento de las personas, dado que quien no puede consentir tampoco se ha de poder casar, a su vez también entra el orden público español al prohibir la bigamia y las relaciones incestuosas entre parientes.

2.- La separación tal y como se aborda en la ley me parece algo pretencioso, puesto que da a entender que es el paso previo al divorcio cuando no es así, una pareja puede divorciarse en España sin ni siquiera haber instado una separación ni legal, ni de hecho.

La separación es una institución jurídica que a todas luces no tiene razón de ser, puesto que, si una pareja decide romper la convivencia, pero no el vínculo matrimonial lo único que puede ocurrir es que alguien “salga mal parado”, y no creo que sea algo de entidad para llevar a un juzgado. Además, que la propia separación puede ser usada como instrumento de engaño frente a terceros, lo cual hace más lógico que no tenga razón de ser alguna en derecho.

⁷⁵ FJ 2º del Auto de la AP de A Coruña (Sección 4ª), núm. 115/2012, de 9 octubre de 2012 (JUR 2012\369096).

3.- Los procesos de nulidad, separación y divorcio constituyen procesos civiles especiales regulados en el libro IV de la LEC, de entre los procesos hay diferencias procedimentales según estemos ante un procedimiento de mutuo acuerdo o un proceso contencioso.

4.- En el caso que sea de mutuo acuerdo la separación o el divorcio tras la reforma operada por la ley de jurisdicción voluntaria el LAJ y el notario, van a poder disolver el vínculo matrimonial en virtud de un convenio regulador. Lo que me parece desde mi punto de vista algo lógico ya que también podían casar a las personas, por tanto, si pueden crear el vínculo de unión lo lógico es que también puedan disolverlo o modificarlo.

Tanto el notario como el LAJ, uno a través de escritura pública y el otro mediante el oportuno convenio regulador. Podrán disolver un matrimonio siempre que este proceso de disolución sea iniciado por los cónyuges, de mutuo acuerdo, y no haya hijos menores o especialmente protegidos, para el caso de que se les haya modificado la capacidad.

5.- En cuanto a la institución del divorcio, y el proceso regulado en la ley para él, no lo veo correcto, considero que la regulación tasada en causas era más acertada y dotaba de seriedad y formalismo a la institución que pretende disolver el divorcio, que es el matrimonio.

6.- Sobre la postulación con abogado y procurador la LEC establece su obligatoriedad para todos los aspectos del proceso de nulidad, separación y divorcio, salvo lo relativo a las medidas provisionales previas a la demanda, yo considero que también deberían postularse con letrado para la solicitud de tales medidas en aras de la seguridad jurídica y del buen derecho.

VI. BIBLIOGRAFÍA

ARENAS GARCIA. R., MONTERO AROCA, J. y FLORS MATIES, J., *Separación y divorcio. Tras la ley 15/2005*, Tirant lo blanch, Valencia, 2006.

CALDERÓN CUADRADO, M.P., GÓMEZ COLOMER, J.L., BARONA VILAR, S., MONTERO AROCA, J., *Derecho Jurisdiccional II Proceso Civil*, 27ª Edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

DE LA OLIVA SANTOS, A., DIEZ PICAZO GIMENEZ, I., VEGA TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II*, Ramón Areces, Madrid, 2014.

FERNÁNDEZ UCELAY, D., “La evolución histórica de las formas de extinción del vínculo matrimonial”, *Elderecho.com*, entrada de 14 de marzo de 2018; disponible en <https://elderecho.com/la-evolucion-historica-de-las-formas-de-extincion-del-vinculo-matrimonial>.

LÓPEZ BARBA, E., “Ley aplicable a los procedimientos de nulidad, separación y divorcio en España”, *Anuario de derecho eclesiástico del Estado*, Nº 32, 2016

PLEITEADO MARISCAL, P., *Procesos matrimoniales y resolución extrajudicial de la crisis del matrimonio y de la pareja*, La Ley, Madrid, 2019.

ROMÁN GARCÍA, A. M., DE PERALTA CARRASCO, M. y CASSANUEVA SANCHEZ, I., *Derecho de Familia*, Dykinson, Madrid, 2019.

RUIZ-RICO ARIAS, M. D., “Matrimonio, divorcio y pandemias. el modelo civil y procesal de la acción de divorcio”, *Diario La Ley*, Nº 9637, Sección Tribuna, 21 de mayo de 2020, disponible en <https://diariolaley.laleynext.es/>.

RUIZ-RICO RUIZ, J.M., ACEBES CORNEJO, R., “Esquemas de Derecho de Familia”, Material didáctico para alumnos del grado en Derecho y de Doble Grado Derecho-ADE, de octubre de 2017; disponible en <https://riuma.uma.es/>.

VII. WEBGRAFÍA

SEGUNDO PÉREZ., “Separación o divorcio de mutuo acuerdo. Preguntas frecuentes”, *Blog melian abogados*, disponible en https://mymabogados.com/divorcio-de-mutuo-acuerdo-preguntas#Hay_que_alegar_alguna_causa_para_que_se_conceda_el_divorcio_de_mutuo_acuerdo.

VIII. JURISPRUDENCIA CITADA

Tribunal de Justicia de la Unión Europea

- STJUE (Sala Tercera), de 16 de julio de 2009 (asunto C-168/08, *Hadadi*).

Tribunal Supremo

- STS (Sala 1ª), núm. 730/2016, de 20 diciembre de 2016 (RJ 2016\5992).

- STS (Sala 1ª), núm. 117/2017, de 22 febrero de 2017 (RJ 2017\1079).

- STS (Sala 1ª), núm. 17/2018, de 15 de enero de 2018 (Roj: STS 37/2018).

- STS (Sala 1ª, núm. 183/2018, de 04 abril de 2018 (Roj: STS 1165/2018).
- STS (Sala 1ª), núm. 629/2018, de 13 de noviembre de 2018 (RJ 2018\5158).
- STS (Sala 1ª), núm. 147/2019, de 12 de enero de 2019 (Roj: STS 869/2019).
- STS (Sala 1ª), núm. 122/2019, de 26 de febrero de 2019 (Roj: STS 641/2019).

Audiencias Provinciales

Autos

- AAP de A Coruña (Sección 4ª), núm. 115/2012, de 9 octubre de 2012 (JUR 2012\369096).
- AAP de Navarra (Sección 2ª), núm. 1/2017, de 5 enero de 2017 (JUR 2017\18725).

Sentencias

- SAP de Valencia (Sección 10ª), núm. 786/2019, de 25 noviembre de 2019 (AC 2020\267)
- SAP de Cáceres (Sección 1ª), núm. 203/2020, de 11 marzo de 2020 (JUR 2020\144170).
- SAP de Badajoz (Sección 3ª), núm. 53/2020, de 12 marzo de 2020 (JUR 2020\151158).
- SAP de Badajoz (Sección 2ª), núm. 237/2020, de 31 marzo de 2020 (JUR 2020\150445).

Juzgado de Violencia sobre la Mujer

- SJVM núm. 4 de Igualada (provincia de Barcelona), de 16 marzo de 2016 (JUR 2016\113885).