**DERECHO CIVIL**

**TEMA 73**

**NULIDAD, SEPARACIÓN, DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO Y DIVORCIO. SUS PRESUPUESTOS. PRINCIPALES EFECTOS QUE PRODUCEN. MEDIDAS PROVISIONALES.**

**NULIDAD, SEPARACIÓN, DISOLUCIÓN DEL MATRIMONIO Y DIVORCIO.**

El artículo 32.2 de la Constitución Española de 27 de diciembre de 1978 establece que la ley regulará las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos.

Además de por el divorcio, conforme al artículo 85 del Código Civil de 24 de julio de 1889 el matrimonio se disuelve también por la muerte o declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges.

**SUS PRESUPUESTOS.**

**Nulidad del matrimonio.**

Dispone el artículo 73 del Código Civil que es nulo, cualquiera que sea la forma de su celebración:

1º. El matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial.

2º. El matrimonio celebrado entre las personas afectadas por impedimento absoluto o relativo, salvo los casos de dispensa de impedimento relativo.

3º. El que se contraiga sin la intervención de la autoridad o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.

4º. El celebrado por error en la identidad de la persona del otro contrayente o en aquellas cualidades personales que, por su entidad, hubieren sido determinantes de la prestación del consentimiento.

5º. El contraído por coacción o miedo grave.

El artículo 74 del Código Civil establece que “la acción para pedir la nulidad del matrimonio corresponde a los cónyuges, al Ministerio Fiscal y a cualquier persona que tenga interés directo y legítimo en ella”, si bien:

1. Conforme al artículo 75 del Código Civil, si la causa de nulidad fuere la falta de edad, mientras el contrayente sea menor sólo podrá ejercitar la acción cualquiera de sus padres, tutores o guardadores y, en todo caso, el Ministerio Fiscal, y al llegar a la mayoría de edad sólo podrá ejercitar la acción el contrayente menor, salvo que los cónyuges hubieren vivido juntos durante un año después de alcanzada aquélla, en cuyo caso el matrimonio se convalida.
2. Conforme al artículo 76 del Código Civil, en los casos de error, coacción o miedo grave solamente podrá ejercitar la acción de nulidad el cónyuge que hubiera sufrido el vicio, caducando la acción convalidándose el matrimonio si los cónyuges hubieran vivido juntos durante un año después de desvanecido el error o de haber cesado la fuerza o la causa del miedo.

Respecto de la invalidez formal, el artículo 78 del Código Civil establece que el juez no acordará la nulidad de un matrimonio por defecto de forma, si al menos uno de los cónyuges lo contrajo de buena fe, salvo que el matrimonio se hubiere contraído sin la intervención de la autoridad o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos.

**Separación del matrimonio.**

Desde la Ley de 8 de julio de 2005, la separación es una figura autónoma del divorcio, el cual puede decretarse sin necesidad de una previa separación judicial o de hecho.

Además, tanto la separación como el divorcio no exigen la concurrencia de causa alguna, y desde la Ley de Jurisdicción Voluntaria de 2 de julio de 2015 están parcialmente desjudicializadas.

La separación matrimonial puede ser legal o de hecho y, a su vez, la separación legal puede ser de mutuo acuerdo o contenciosa.

La separación de hecho implica una situación fáctica, con algunas consecuencias jurídicas, como el cese presunción de paternidad o la pérdida de derechos sucesorios.

La separación legal es aquella homologada por el juez, letrado de la Administración de Justicia o notario.

En cuanto a su regulación legal, el artículo 81 del Código Civil dispone que se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio:

1º. A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio medidas reguladoras de los efectos de la separación.

2º. A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las.

El artículo 82 del Código Civil, por su parte, establece que los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas reguladoras de los efectos de la separación.

Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, prestando su consentimiento. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán prestar personalmente su consentimiento respecto de las medidas que les afecten.

Lo anterior no será de aplicación cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores, caso en el que la separación será decretada judicialmente.

**Divorcio del matrimonio.**

Dispone el artículo 86 del Código Civil establece que “se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurran los requisitos y circunstancias exigidos” para la separación en el artículo 81.

El artículo 87 del Código Civil, por su parte, dispone que los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante notario, en la forma y con el contenido regulado para la separación en el artículo 82.

Por último, el artículo 88 del Código Civil dispone que “la acción de divorcio se extingue por la muerte de cualquiera de los cónyuges y por su reconciliación, que deberá ser expresa cuando se produzca después de interpuesta la demanda. La reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio”.

**PRINCIPALES EFECTOS QUE PRODUCEN.**

La declaración judicial de nulidad del matrimonio no produce propiamente efectos jurídicos, sino que se limita a constatar la invalidez del matrimonio *ab initio*, y tal constatación tiene efectos *ex tunc*, como si el matrimonio no se hubiera celebrado, con la excepción de la previsión del artículo 79 del Código Civil, que establece que “la declaración de nulidad del matrimonio no invalidará los efectos ya producidos respecto de los hijos y del contrayente o contrayentes de buena fe. La buena fe se presume”.

Además, el artículo 80 de Código Civil establece que “las resoluciones dictadas por los tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado tendrán eficacia en el orden civil, a solicitud de cualquiera de las partes, si se declaran ajustados al derecho del Estado en resolución dictada por el juez civil competente” conforme a las previsiones del artículo 778 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 7 de enero de 2000.

Conforme al artículo 83 del Código Civil, la separación legal produce la suspensión de la vida común de los casados, cesando la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Tales efectos se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto de separación o desde la fecha de la escritura pública, pero la separación no perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil.

Además, el artículo 84 del Código Civil prevé que “la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

Cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, (…) la reconciliación deberá formalizase en escritura pública o acta de manifestaciones.

La reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente”.

El efecto del divorcio es la disolución del matrimonio, conforme prevé el artículo 85 del Código Civil, añadiendo su artículo 89 que los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto o desde la fecha de la escritura pública, pero el divorcio no perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil.

Además de lo anterior, el Código Civil regula una serie de efectos comunes a las situaciones de crisis matrimonial.

De esta forma, el artículo 90 del Código Civil se refiere al convenio regulador de la separación o divorcio, que se refiere a los siguientes extremos:

1. El cuidado y ejercicio de la patria potestad de los hijos comunes y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
2. El régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos.
3. El destino de los animales de compañía, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal.
4. La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
5. La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos.
6. La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
7. La pensión compensatoria que correspondiere satisfacer a uno de los cónyuges.

Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio serán aprobados salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges. Las medidas adoptadas podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges.

Partiendo de lo anterior, el artículo 91 del Código Civil establece que en las sentencias de nulidad, separación o divorcio, o en ejecución de las mismas, el juez, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo, determinará las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad en relación con los hijos, los animales de compañía, la vivienda familiar, las cargas del matrimonio, liquidación del régimen económico y las cautelas o garantías respectivas, las cuales podrán ser modificadas cuando se alteren sustancialmente las circunstancias.

Además, cuando existieran hijos comunes mayores de dieciséis años que se hallasen en situación de necesitar medidas de apoyo por razón de su discapacidad, la sentencia correspondiente, previa audiencia del menor, resolverá también sobre el establecimiento y modo de ejercicio de estas, las cuales, en su caso, entrarán en vigor cuando el hijo alcance los dieciocho años de edad.

Los artículos siguientes contienen los criterios que deben presidir el contenido de cada una de las medidas.

De esta forma, los artículos 92 a 94 del Código Civil se refieren a los hijos menores, estableciendo que la separación, la nulidad y el divorcio no eximen a los padres de sus obligaciones para con los hijos, y cualquier medida respecto de los mismos debe fundarse en el interés superior del menor.

En todo caso, antes de acordar el régimen de guarda y custodia, el juez deberá recabar informe del Ministerio Fiscal, oír a los menores que tengan suficiente juicio, y valorar las alegaciones de las partes, la prueba practicada, y la relación que los padres mantengan entre sí y con sus hijos, y procurará no separar a los hermanos.

La nulidad, separación o divorcio no privan de la patria potestad a ninguno de los progenitores, aunque no ostente la guarda y custodia de los menores, si bien en la sentencia se acordará la privación de la patria potestad cuando en el proceso se revele causa para ello.

Los padres podrán acordar o el juez decidir, en beneficio de los hijos, que la patria potestad sea ejercida total o parcialmente por uno de los cónyuges.

La guarda y custodia de los hijos será ejercida conjuntamente cuando así lo acuerden los padres, si bien no procederá la guarda conjunta cuando cualquiera de los progenitores esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o de los hijos, o existan indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Además, excepcionalmente, aun cuando no exista acuerdo entre los cónyuges, el juez podrá acordar la guarda y custodia compartida cuando sólo de esta forma se proteja adecuadamente el interés superior del menor.

Así mismo, se determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptarán las medidas convenientes para asegurar su efectividad y suficiencia.

Finalmente, se determinará el tiempo, modo y lugar en que el progenitor que no tenga consigo a los hijos podrá ejercitar el derecho de visitarlos, comunicar con ellos y tenerlos en su compañía, derechos que podrán limitarse o suspenderse si se dieran circunstancias relevantes que así lo aconsejen o se incumplieran grave o reiteradamente los deberes impuestos por la resolución judicial.

No procederá el establecimiento de un régimen de visita o estancia, y si existiera se suspenderá, respecto del progenitor que esté incurso en un proceso penal iniciado por atentar contra la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o la libertad e indemnidad sexual del otro cónyuge o sus hijos o existan indicios fundados de violencia doméstica o de género.

Así mismo, se determinará el régimen de guarda, estancia y visita de los animales de compañía y el reparto de cargas asociado al cuidado del animal.

El artículo 95 del Código Civil se refiere al régimen económico matrimonial, disponiendo que la sentencia, decreto o escritura pública que formalicen el convenio regulador producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto.

Si la sentencia de nulidad declarara la mala fe de uno solo de los cónyuges, el que hubiere obrado de buena fe podrá optar por aplicar en la liquidación del régimen económico matrimonial las disposiciones relativas al régimen de participación y el de mala fe no tendrá derecho a participar en las ganancias obtenidas por su consorte.

El artículo 96 del Código Civil contempla el uso de la vivienda familiar y su ajuar, que corresponderá a los hijos comunes menores de edad y al cónyuge en cuya compañía queden, hasta que todos aquellos alcancen la mayoría de edad. Si alguno de los hijos, sea menor o mayor de edad, estuviera en una situación de discapacidad que hiciera conveniente el uso de la vivienda familiar, la autoridad judicial determinará el plazo de duración de ese derecho tras la mayoría de edad, en función de las circunstancias concurrentes.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno de los cónyuges y los restantes en la del otro, la autoridad judicial resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de la vivienda familiar corresponda al cónyuge no titular por el tiempo que prudencialmente se fije siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección.

Para disponer de todo o parte de la vivienda familiar cuyo uso se haya atribuido conforme a lo expuesto se requerirá el consentimiento de ambos cónyuges o, en su defecto, autorización judicial. Esta restricción en la facultad dispositiva sobre la vivienda familiar se hará constar en el Registro de la Propiedad. La manifestación errónea o falsa del disponente sobre el uso de la vivienda no perjudicará al adquirente de buena fe.

Los artículos 97 a 101 del Código Civil regulan el derecho a la pensión compensatoria, estableciendo que el cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia.

A falta de acuerdo de los cónyuges, el juez determinará su importe teniendo en cuenta, entre otras, circunstancias como la edad y el estado de salud, la dedicación pasada y futura a la familia o el caudal, medios y necesidades de los cónyuges.

En caso de nulidad y si ha existido convivencia conyugal, el cónyuge de buena fe tendrá derecho a una indemnización atendidas las mismas circunstancias.

En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión compensatoria por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.

El derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó, por contraer el acreedor nuevo matrimonio o por vivir maritalmente con otra persona, pero no por el solo hecho de la muerte del deudor. No obstante, los herederos de éste podrán solicitar del juez la reducción o supresión de aquélla, si el caudal hereditario no pudiera satisfacer las necesidades de la deuda o afectara a sus derechos en la legítima.

**MEDIDAS PROVISIONALES.**

El artículo 102 del Código Civil establece que “admitida la demanda de nulidad, separación o divorcio, se producen, por ministerio de la Ley, los efectos siguientes:

1°. Los cónyuges podrán vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal.

2°. Quedan revocados los consentimientos y poderes que cualquiera de los cónyuges hubiera otorgado al otro.

Asimismo, salvo pacto en contrario, cesa la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

A estos efectos, cualquiera de las partes podrá instar la oportuna anotación en el Registro Civil y, en su caso, en los de la Propiedad y Mercantil”.

El artículo 103 del Código Civil, por su parte, establece que admitida la demanda, a falta de acuerdo de ambos cónyuges, el juez adoptará las medidas siguientes:

1. Determinar, en interés de los hijos, con cuál de los cónyuges han de quedar los sujetos a la patria potestad de ambos y la forma en que el cónyuge que no ejerza la guarda y custodia de los hijos podrá cumplir el deber de velar por éstos y el tiempo, modo y lugar en que podrá comunicar con ellos y tenerlos en su compañía.

Excepcionalmente, los hijos podrán ser encomendados a los abuelos, parientes u otras personas que así lo consintieren y, de no haberlos, a una institución idónea, confiriéndoseles las funciones tutelares.

Cuando exista riesgo de sustracción del menor podrán adoptarse medidas cono la prohibición de expedición de pasaporte o de salida del territorio nacional.

1. Determinar si los animales de compañía se confían a uno o a ambos cónyuges y la forma en que el cónyuge al que no se hayan confiado podrá tenerlos en su compañía.
2. Determinar, teniendo en cuenta el interés familiar más necesitado de protección, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y su ajuar.
3. Fijar, la contribución de cada cónyuge a las cargas del matrimonio.
4. Señalar los bienes gananciales o comunes que se hayan de entregar a uno u otro cónyuge y las reglas de su administración y disposición.

Conforme al artículo 104 del Código Civil, las medidas anteriores podrán ser solicitadas por el cónyuge que se proponga interponer demanda, que deberá ser presentada dentro de los treinta días siguientes a su adopción.

Además, conforme al artículo 105 del Código Civil, no incumple el deber de convivencia el cónyuge que sale del domicilio conyugal por una causa razonable y en el plazo de treinta días presenta la demanda o solicitud de medidas provisionales.

Por último, conforme al artículo 106 del Código Civil las medidas provisionales terminarán cuando sean sustituidas por las de la sentencia, si bien la revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva.

José Marí Olano

18 de diciembre de 2021