

**COMENTARIO DE LA SENTENCIA
DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE 16 DE ABRIL DE 2015 (1517/2015)**

**Eficacia inmediata del pronunciamiento judicial de
divorcio cuando éste fue solicitado por ambas partes.
Momento de la eficacia de las resoluciones judiciales**

Comentario a cargo de:
Enrique Vallines García
Profesor Titular de Derecho Procesal
Universidad Complutense de Madrid
Asesor Académico en SACRISTÁN & RIVAS ABOGADOS

SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 16 DE ABRIL DE 2015

ROJ: STS 1517/2015 - **ECLI:ES:TS:2015:1517**

ID CENDOJ: 28079119912015100018

PONENTE: Excmo. Sr. Don Antonio Salas Carceller

Asunto: La Sentencia de la Sala Primera del Pleno Tribunal Supremo de 16 de abril de 2015 plantea, como cuestión esencial, la de cuál es el instante temporal en el que se produce la extinción del matrimonio mediante divorcio cuando, tras solicitarlo ambos cónyuges en la primera instancia de un proceso matrimonial contencioso, el Juzgado ha dictado Sentencia acordándolo. ¿Se ha producido la extinción a pesar de que dicha Sentencia todavía no se haya notificado a las partes? Si se hubiera producido la notificación, ¿habría que esperar a que ninguna de la partes interpusiera recurso en plazo para entender que se ha producido el divorcio? Y, en fin, si se hubiera recurrido alguno de los pronunciamientos relativos a las medidas accesorias al divorcio –pero no el pronunciamiento de divorcio en sí–, ¿seguiría existiendo el

vínculo matrimonial hasta que devenga firme la resolución que pone fin al recurso? A todas estas cuestiones se puede responder con la solución que ofrece el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo en su Sentencia de 16 de abril de 2015: concluye el Alto Tribunal que, de acuerdo con el art. 774.5 LEC, en relación con los arts. 85 y 89 CC, si ambos cónyuges solicitaron el divorcio y éste fue decretado en la Sentencia de primera instancia, el pronunciamiento de divorcio es automática e inmediatamente firme, por lo que la disolución del matrimonio se produce el mismo día en que la Sentencia se dicta, con independencia de si se ha notificado ya o no a las partes o de si, después de la notificación, se plantea o no algún recurso.

Sumario: 1. **Resumen de los hechos.** 2. **Soluciones dadas en apelación.** 3. **Los motivos de infracción procesal y de casación.** 4. **Doctrina del Tribunal Supremo:** 4.1. La eficacia inmediata del pronunciamiento judicial de divorcio cuando éste fue solicitado por ambas partes. 4.2. Acerca del momento en el que las resoluciones judiciales tienen eficacia jurídica. 5. **Conclusiones y consideraciones finales:** 5.1. Las conclusiones que se extraen de la doctrina del Tribunal Supremo. 5.2. Consideraciones para la hipótesis de que el cónyuge demandado se hubiera opuesto al divorcio. 5.3. Apunte de Derecho comparado. 6. **Bibliografía utilizada.**

1. Resumen de los hechos

D. José Ignacio formuló demanda contra su cónyuge, D.^a Petra, limitándose a interesar que se dictara Sentencia que decretara la disolución del matrimonio por divorcio, sin ninguna medida accesorio adicional. D.^a Petra contestó a la demanda y formuló reconvencción, interesando que la Sentencia acordara el divorcio y, además, condenara al actor a pagarle una cantidad en concepto de pensión compensatoria. Y a esta última pretensión de condena se opuso D. José Ignacio en su escrito de contestación a la reconvencción.

Como puede apreciarse, ambos cónyuges estaban conformes con que se decretara el divorcio y la única cuestión litigiosa se ceñía a la procedencia o no de la pensión compensatoria solicitada por uno de ellos frente al otro mediante reconvencción.

Celebrada la vista correspondiente, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer n.º 2 de Sevilla decretó el divorcio y desestimó la reconvencción mediante Sentencia de 16 de febrero de 2011.

Cinco días después, el 21 de febrero, falleció el demandante.

Al día siguiente, el 22 de febrero, la Sentencia se notificó a ambas partes a través de sus procuradores. Adviértase entonces que, cuando se produjo la notificación, el actor ya había fallecido.

De acuerdo con lo dispuesto en el art. 30.1.3.º LEC, la procuradora de D. José Ignacio acreditó el fallecimiento al Juzgado; y éste, invocando la posibilidad de sucesión procesal *mortis causa*, prevista en el art. 16 LEC, requirió a la procuradora para que, en su caso, se personara en nombre del sucesor o sucesores, lo cual ocurrió mediante una comparecencia *apud acta*.

Por su parte, la demandada interpuso recurso de apelación contra la Sentencia de 16 de febrero de 2011, interesando que, con base en los arts. 85, 88 y 89 CC, se decretara la nulidad del procedimiento y el archivo de las actuaciones porque, al haber fallecido uno de los cónyuges antes de producirse la firmeza de la Sentencia, el matrimonio habría quedado disuelto por muerte y no podría extinguirse una segunda vez por divorcio, al tiempo que niega la admisibilidad de sucesión procesal “*por tratarse de un derecho personalísimo*”.

En suma: tras pedir ambos cónyuges la disolución de su matrimonio en un proceso contencioso, uno de ellos fallece antes de que se notifique la Sentencia de divorcio; entonces, el otro interpone recurso de apelación, en el que, rechazando la posibilidad de una sucesión procesal, reclama que la Sentencia se declare nula por entender que el matrimonio habría quedado disuelto por muerte antes de que la Sentencia de divorcio deviniera firme y hubiera producido sus efectos jurídicos.

2. Soluciones dadas en apelación

La Sección 2.ª de la Audiencia Provincial de Sevilla resolvió la apelación en su Sentencia de 18 de julio de 2013, totalmente desestimatoria del recurso interpuesto. La Audiencia rechaza la nulidad de la Sentencia apelada invocando una serie de argumentos heterogéneos, que podemos resumir así: *a)* Las causas de nulidad de los actos procesales han de ser interpretadas restrictivamente y, para declarar la nulidad en este caso, hubiera sido necesario que se hubieran violado normas o principios esenciales del procedimiento y se hubiera producido indefensión, lo que no ocurrió; *b)* la Sentencia de divorcio era “*plenamente válida y eficaz*” desde la fecha en que se dictó, “*de acuerdo con lo establecido en el art. 212 de la LEC*”; y, en fin, *c)* debe admitirse la sucesión procesal tras el fallecimiento “*al amparo del incidente del art. 16 en relación con el art. 30.1.3 de la LEC*” y “*más teniendo en cuenta las cuestiones debatidas en el presente procedimiento de divorcio*” (aunque no especifica a qué concretas “*cuestiones*” se refiere).

3. Los motivos de infracción procesal y de casación

La demandada, D.^a Petra, interpuso recurso de infracción procesal y de casación contra la Sentencia de apelación, insistiendo en que la Sentencia de divorcio dictada en primera instancia debió haberse declarado nula porque, antes de que se produjera la firmeza, el matrimonio estaba ya disuelto por muerte de uno de los cónyuges. La recurrente no plantea, en cambio, la cuestión de si era o no procedente la sucesión procesal en este caso.

Concretamente, según se expone en la Sentencia que comentamos, los motivos de infracción procesal fueron tres, estrechamente relacionados entre sí:

- 1) Infracción del art. 85 CC, que dice: *“El matrimonio se disuelve, sea cual fuere la forma y el tiempo de su celebración, por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio”*.
- 2) Infracción del art. 88 CC, que dice: *“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”*.
- 3) Infracción del art. 89 CC, que, en el momento de producirse los hechos, decía: *“La disolución del matrimonio por divorcio sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil”* [Téngase en cuenta que la doctrina de la Sentencia que comentamos también es perfectamente aplicable con la vigente redacción del art. 89 CC, toda vez que este precepto sigue diciendo que, en caso de proceso judicial, el divorcio solo se producirá *“desde la firmeza de la sentencia”*].

Por su parte, el recurso de casación *“se formula por interés casacional basado en la existencia de doctrina contradictoria de las Audiencias Provinciales acerca del momento en que la sentencia dictada produce efectos”*, *“con cita de un considerable número de autos y sentencias que de una u otra forma se refieren al momento de eficacia de las resoluciones judiciales”* (cfr. AH 3 y FJ 3 de la Sentencia que comentamos).

Llama la atención que la recurrente hubiera planteado como motivos de infracción procesal supuestas contravenciones de preceptos del Código Civil, sin precisar en cuál de los cuatro ordinales del art. 469.1 LEC tenían su encaje las contravenciones citadas. Y, por otro lado, también llama la atención que, como motivo de casación, se hubiera alegado la duda jurisprudencial sobre el *“momento de la eficacia de las resoluciones judiciales”*, sin concretar cuál es la norma sustantiva que se considera infringida; lo cual no es *“una cuestión propia del recurso de casación”* sino *“un tema claramente procesal”*, tal y como reconoce el Tribunal Supremo en el FJ 3 de la Sentencia que comentamos.

Sea como fuere, lo cierto es que la defectuosa técnica casacional utilizada por la recurrente no determinó la inadmisión del recurso y el Pleno de la Sala Primera del Tribunal Supremo entró en el fondo de todos los motivos alegados.

4. Doctrina del Tribunal Supremo

Al resolver el recurso planteado en la Sentencia que comentamos, el Tribunal Supremo aborda dos cuestiones jurídicas:

- a) La primera es muy concreta: cuál es el instante en el que debe entenderse producido el divorcio cuando se ha dictado una Sentencia que lo decreta.
- b) La segunda, de índole más general, tiene que ver con la determinación del momento en el que una resolución judicial produce efectos jurídicos.

No entra el Tribunal a analizar la cuestión de si fue procedente o no la sucesión procesal aceptada por el Juzgado, puesto que no se planteó en el escrito de interposición del recurso por infracción procesal y de casación.

4.1. La eficacia inmediata del pronunciamiento judicial de divorcio cuando éste fue solicitado por ambas partes

A la primera de las cuestiones abordadas, se dedica el FJ 2 de la Sentencia que comentamos. En él, el Tribunal Supremo analiza el peculiar recurso por *infracción procesal* planteado, negando que se haya producido violación alguna de los arts. 85, 88 y 89 CC.

Para llegar a esta conclusión, hace pivotar su razonamiento sobre una interpretación sistemática de los tres preceptos supuestamente infringidos y el art. 774.5 LEC: partiendo de que el divorcio es una de las causas de disolución del matrimonio (art. 85 CC) y de que la disolución del matrimonio por divorcio declarado en Sentencia produce efectos “*a partir de su firmeza*” (art. 89 CC), el Tribunal Supremo dirige su atención al art. 774.5 LEC, que dispone:

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

De este texto, lo relevante para resolver el caso que se plantea es el segundo inciso, del que, según el Tribunal Supremo, “*se desprende que la firmeza sobre el pronunciamiento de divorcio se produce con la sentencia de primera instancia cuando ha sido solicitado por ambos cónyuges y, en consecuencia, no resulta recurrible al respon-*

der tal pronunciamiento a lo pedido por ambos litigantes". Y añade: "El legislador ha pretendido con ello dar seguridad a la situación de ruptura del vínculo matrimonial ya declarada –y necesariamente consentida por ambos cónyuges que la solicitaron– para que desde la sentencia inicial produzca sus efectos propios".

En resumen: el Tribunal Supremo argumenta que, *ex art.* 774.5 LEC, cuando ambos cónyuges han solicitado el divorcio, el pronunciamiento de la Sentencia que lo decreta es irrecurrible para ellos y, por ende, automática e inmediatamente firme; y, por eso, de acuerdo con el art. 89 CC, la fecha en que se produce el divorcio es la misma fecha de la Sentencia que contiene ese pronunciamiento firme.

La aplicación de la anterior doctrina a la resolución de la cuestión planteada en el recurso lleva, inexorablemente, a la conclusión de que "no se ha extinguido en este caso la acción de divorcio por muerte del esposo, porque dicha acción ya había producido sus efectos propios al haber recaído sentencia que así lo declaró a petición de ambos cónyuges", de manera que "la disolución matrimonial tuvo lugar por el divorcio" y "tal disolución era efectiva antes del fallecimiento del esposo".

A mi juicio, la argumentación del Tribunal Supremo es correcta. No obstante, puede enriquecerse con dos consideraciones adicionales que la refuerzan: una se refiere al art. 448.1 LEC y la otra, al art. 522 LEC.

Por un lado, me parece que en los razonamientos del Tribunal hay una referencia implícita al art. 448.1 LEC, según el cual uno de los presupuestos para recurrir es que la resolución recurrida "afecte desfavorablemente" al recurrente; se trata, en suma, de que la ley prohíbe recurrir cuando la resolución no causa al litigante un gravamen o perjuicio, entendiéndose por tal "la diferencia jurídicamente perjudicial entre lo pedido y lo concedido por la sentencia" (PRIETO-CASTRO, 1941, págs. 492-493; *cf.* también FAIRÉN, 1969, págs. 991-997; TAPIA, 1995, § V; y MUÑOZ, 2011, § IV). Pues bien, cuando, en la Sentencia que comentamos, la Sala señala que el divorcio "ha sido solicitado por ambos cónyuges y, en consecuencia, no resulta recurrible al responder tal pronunciamiento a lo pedido por ambos litigantes", en realidad, está diciendo lo siguiente: 1) el divorcio fue solicitado por ambas partes por lo que el pronunciamiento que lo decreta no afecta desfavorablemente a ninguna de ellas (no hay diferencia entre lo pedido y lo concedido); 2) en consecuencia, de acuerdo con el art. 448.1 LEC, dicho pronunciamiento no era susceptible de recurso para ninguna de las partes; y 3), por todo ello, cabe entender que dicho pronunciamiento era firme en el mismo día en que se dictó la Sentencia que lo contenía, esto es, el 16 de febrero de 2011. A partir de aquí, basta con acudir al art. 89 CC para concluir que el divorcio se produjo en ese mismo día de la firmeza del pronunciamiento (16 de febrero de 2011), por lo que cuando se produce el fallecimiento del actor (22 de febrero de 2011) el matrimonio ya estaba disuelto por divorcio.

Por otro lado, creo que también hubiera resultado interesante traer a colación el art. 522 LEC. Es evidente que el pronunciamiento de divorcio tie-

ne naturaleza constitutiva (pues se encuadra dentro de la tutela jurisdiccional consistente en la “*extinción de situaciones jurídicas*”; cfr. art. 5.1 LEC). Por tanto, una vez que se acepta que, en el caso al que se refiere la Sentencia, dicho pronunciamiento era automática e inmediatamente firme *ex art. 774.5 LEC*, el efecto jurídico disolutivo del matrimonio derivaría no solo de lo dispuesto en el art. 89 CC, sino también de la peculiar eficacia que el art. 522.1 LEC otorga a las sentencias estimatorias de acciones constitutivas: “*Todas las personas y autoridades, especialmente las encargadas de los Registros públicos, deben acatar y cumplir lo que se disponga en las sentencias constitutivas y atenerse al estado o situación jurídicos que surja de ellas, salvo que existan obstáculos derivados del propio Registro conforme a su legislación específica*”. Ciertamente, hasta que el pronunciamiento de divorcio no se inscribiera en el Registro Civil no podría afectar desfavorablemente a terceros (art. 89 CC: “*No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su inscripción en el Registro Civil*”); pero, dada su inmediata firmeza, ese pronunciamiento constitutivo ha de ser inmediatamente “*acatado*” por los cónyuges, quienes habrán de “*atenerse*” al nuevo estado civil que surge tras la disolución del matrimonio mediante el divorcio acordado.

4.2. *Acerca del momento en el que las resoluciones judiciales tienen eficacia jurídica*

El FJ 3 de la Sentencia que comentamos está dedicado a resolver el singular recurso de *casación* interpuesto. Como ya hemos adelantado, la recurrente alegaba la existencia de jurisprudencia contradictoria sobre una cuestión procesal de índole general, cual es la del instante temporal en que una resolución judicial adquiere eficacia jurídica.

En este punto, el Tribunal Supremo afirma lo siguiente:

“(…) el efecto jurídico de la sentencia se produce desde que se dicta, ya que, desde ese momento resulta invariable (art. 214 LEC) y, una vez extendida y firmada, será publicada y depositada en la Oficina Judicial, incluyéndose en el libro de sentencias (art. 213), ordenándose por el Secretario Judicial su notificación y archivo, poniéndose en los autos certificación literal de las resoluciones de carácter definitivo (art. 212), todo lo cual se produce con independencia del trámite de notificación y del momento en que la misma se lleve a cabo”.

En líneas generales, estas afirmaciones del Tribunal Supremo no me parecen desacertadas, porque no hacen sino describir algunos de los efectos jurídicos que, según la ley (arts. 212-214 LEC), se producen en el momento en que se dicta una sentencia judicial. Ahora bien, en honor a la verdad, también me parece que el contenido del pasaje que hemos transcrito merece ser criticado por ser absolutamente innecesario para responder a la cuestión esencial plan-

teada por la recurrente y, sobre todo, por haberse formulado sin demasiada finura jurídica.

En efecto, para resolver de manera satisfactoria el asunto esencial que se suscita en el recurso bastaba con interpretar los arts. 85, 88 y 89 CC en relación con el art. 774.5 LEC, tal y como la Sentencia que comentamos hace en su FJ 2, sin necesidad de dedicar el FJ 3 a la cuestión general de cuál es el instante en que una resolución judicial produce sus efectos. Nótese que las afirmaciones generales del Tribunal sobre la eficacia de las resoluciones judiciales no aportan nada: el asunto planteado era el de si una resolución judicial de divorcio (*rectius*, el *pronunciamiento* de divorcio de una resolución judicial) era ya firme o no lo era (habida cuenta de que la ley dice que, sin firmeza, no hay divorcio por resolución judicial; cfr. art. 89 CC), lo cual no se puede resolver describiendo una serie de efectos (los de los arts. 212-214 LEC) que producen todas las sentencias, tanto las no firmes como las firmes. Si, además, resulta que, como el propio Tribunal reconoce, la cuestión general de la eficacia de las resoluciones judiciales no es propia de un recurso *de casación*, me parece que el Tribunal debía haberse limitado a desestimar el recurso por incurrir en causa de inadmisión (cfr. arts. 483.2.2.º y 477.1 LEC) y, así, haberse ahorrado entrar en un tema que daba para muchísimo más de lo que, de forma tan general, se expone en el FJ 3.

Y es que la mayor crítica que, a mi modo de ver, cabe hacer al párrafo que he transcrito más arriba es su falta de finura jurídica, que se aprecia desde su inicio con el uso del giro “*el efecto jurídico*”. Adviértase que la utilización del artículo “*el*” y del singular (“*efecto jurídico*”) parece dar a entender que las sentencias tienen un único efecto jurídico; y que ese efecto jurídico único se produce “*desde que se dictan*”. Sin embargo, hay que puntualizar que las cosas no son así: las resoluciones judiciales no tienen un único efecto jurídico sino una pluralidad de efectos jurídicos; y no todos los efectos jurídicos de una resolución judicial se producen en el instante en que ésta se dicta.

Ciertamente, todos los efectos jurídicos que describe el FJ 3 (los efectos de los arts. 212-214 LEC) se producen desde que se dicta la resolución. Pero hay otros efectos de la resolución que, en su caso, se producirán en un momento posterior. Así, por ejemplo, si la resolución fuera recurrible para alguna de las partes, la ley prevé que el efecto de cosa juzgada no se produzca hasta que la resolución devenga firme por no haber interpuesto recurso ninguna de las partes dentro del plazo legalmente previsto para ello (cfr. art. 207, apartados 3 y 4, LEC para el efecto de cosa juzgada formal, y art. 222, apartados 1 y 4, LEC para el efecto de cosa juzgada material). Por tanto, aunque siempre hay efectos jurídicos de una resolución judicial que se dan en el mismo momento en que se dicta (cfr. arts. 212-214 LEC), la ley establece que puedan producirse otros efectos de la misma resolución en un momento posterior.

Pero es que incluso cabría hilar todavía más fino. No es que la ley no prevea un único efecto jurídico para cada resolución judicial. Es que, para una

misma resolución, la ley distingue dos grupos de efectos: por un lado, una pluralidad de efectos predicables de la *resolución considerada en como un único acto jurídico*, entre los que incluiríamos, por ejemplo, los deberes de publicación y depósito en la Oficina Judicial, así como de ordenar su notificación y archivo (art. 212.1 LEC); y, por otro lado, otro grupo de efectos que son predicables, por separado, de *cada uno de los pronunciamientos de una misma resolución judicial*, entre los que se encontrarían los efectos de invariabilidad (art. 214.1 LEC) o de cosa juzgada (arts. 207 y 222 LEC). Nótese, así, que cada uno de los pronunciamientos de una misma resolución es invariable después de que ésta se ha dictado (por lo que cabe vulnerar el efecto de invariabilidad respecto de un pronunciamiento, sin vulnerarlo respecto de los demás); y nótese también que si, respecto de una misma resolución, se recurren solamente algunos de sus pronunciamientos, los pronunciamientos consentidos y no recurridos deben reputarse firmes y, por ende, con la fuerza de cosa juzgada (formal o material) que les corresponda.

En definitiva, ya que el Tribunal Supremo decidió meterse en el gran ‘jardín’ de los efectos de las resoluciones judiciales –aunque, como he dicho, no tenía necesidad de hacerlo–, me parece que debió haber procurado ser más exacto y preciso en sus apreciaciones, subrayando que una misma resolución puede tener efectos jurídicos muy diversos (efectos que, en algunos casos, cabe individualizar respecto de cada uno de los pronunciamientos de la resolución); y que, aunque algunos de ellos se producen en el mismo instante en que la resolución se dicta, es posible que otros no se produzcan hasta un momento ulterior.

5. Conclusiones y consideraciones finales

5.1. *Las conclusiones que se extraen de la doctrina del Tribunal Supremo*

Como habrá podido apreciarse, lo verdaderamente interesante de la Sentencia que comentamos es la interpretación que se hace de los arts. 85, 88 y 89 CC en relación con el art. 774.5 LEC, para cuyo refuerzo cabría invocar también los arts. 448.1 y 522 LEC (v. epígrafe 4.1 de este comentario).

De esa interpretación, podemos extraer las siguientes conclusiones para los procesos contenciosos de divorcio:

A) Si el cónyuge demandado solicita también el divorcio, éste se produce en el mismo instante en que se dicta la Sentencia de primera instancia que lo decreta: en este caso, el pronunciamiento constitutivo de divorcio es automática e inmediatamente firme y vinculante porque no cabe recurso contra él por falta de gravamen.

B) En cambio, si el cónyuge demandado se opone al divorcio (lo que es ciertamente infrecuente, pero no imposible, cuando se alega que no se cumplen los requisitos del art. 81.2.º CC) y, a pesar de ello, el tribunal dicta Sentencia decretándolo, sí se da el necesario gravamen para que el demandado recurra el pronunciamiento de divorcio (le afecta desfavorablemente porque se opuso a él antes de la Sentencia) y, por tanto, no habrá disolución matrimonial por divorcio hasta que venza el plazo para recurrir, hasta que se interponga el recurso o hasta que se dicte una nueva resolución definitiva y firme. Veamos:

- a) Si, pese a la oposición formulada, el demandado no recurre la Sentencia, el divorcio se producirá en el instante en el que venza el plazo para recurrir: es en este momento cuando deviene firme el pronunciamiento de divorcio (y los demás pronunciamientos de la Sentencia, en su caso).
- b) Si el demandado recurre la Sentencia respecto de medidas accesorias al divorcio, pero no impugna el pronunciamiento de divorcio en sí, la disolución matrimonial por divorcio se produce en el instante en que el demandado presenta su escrito de interposición del recurso: al no incluir el recurrente entre los pronunciamientos impugnados el relativo al divorcio, éste pasa a ser un pronunciamiento consentido y firme.
- c) Y, en fin, si el demandado recurre el pronunciamiento de divorcio, el vínculo matrimonial permanece durante toda la tramitación del recurso y hasta que el pronunciamiento de divorcio devenga firme, salvo que, antes de la firmeza, se produzca la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges.

5.2. Consideraciones para la hipótesis de que el cónyuge demandado se hubiera opuesto al divorcio

Resulta, así, que si, en el caso resuelto por la Sentencia que comentamos, D.^a Petra se hubiera opuesto al divorcio al contestar a la demanda (alegando el incumplimiento de los requisitos del art. 81.2.º CC), el pronunciamiento de divorcio incluido en la Sentencia de 16 de febrero de 2011 le hubiera “*afectado desfavorablemente*” (cfr. art. 448.1 LEC) y, por tanto, no hubiera devenido firme de manera automática e inmediata. En consecuencia, al fallecer su marido el 21 de febrero –cuando el pronunciamiento desfavorable de divorcio todavía era apelable–, el divorcio aún no se habría producido y el matrimonio habría quedado disuelto por muerte de uno de los cónyuges.

En esta hipótesis, resulta interesante preguntarse cuál habría sido la vía procesal adecuada para dejar sin efecto la Sentencia como consecuencia de un hecho ocurrido con posterioridad a su dictado (un “hecho nuevo”: la muerte de uno de los cónyuges, determinante de la extinción del matrimonio; cfr. art. 85 LEC).

Como punto de partida, debe descartarse la aplicación del art. 286 LEC, que regula la posibilidad de presentar al tribunal un escrito en el que se alegan hechos nuevos o de nueva noticia; escrito denominado “*de ampliación de hechos*”. Las razones de este descarte son de índole temporal, porque, como se dice al inicio del art. 286 LEC, el precepto es aplicable “*antes de comenzar a transcurrir el plazo para dictar sentencia*” y, en la hipótesis que hemos planteado, la Sentencia ya había sido dictada.

Descartado el art. 286 LEC, la vía que parece más clara es la de interponer recurso de apelación contra la Sentencia, alegando el hecho nuevo del fallecimiento del cónyuge como motivo de rescisión de la sentencia apelada, al amparo de lo previsto en el art. 460.2.3.º LEC. De este precepto se desprende que, en su escrito de interposición, el apelante puede fundar su recurso en la existencia de “*hechos de relevancia para la decisión del pleito ocurridos después del comienzo del plazo para dictar sentencia en la primera instancia*”, de manera que puedan proponerse y practicarse pruebas sobre tales hechos y, si resultan acreditados, lógicamente, el recurso pueda ser resuelto con base en ellos dictándose una nueva Sentencia que los tenga en cuenta. En la hipótesis que hemos planteado, el fallecimiento del esposo sería el hecho nuevo alegado en el escrito de interposición del recurso de apelación como *nuevo* motivo de oposición al divorcio (que se añadiría a las alegaciones de incumplimiento de los requisitos del art. 81.2.º CC); su relevancia para la decisión del pleito derivaría del art. 85 CC (pues no cabe acordar un divorcio de un matrimonio que ya se ha extinguido por muerte); la prueba sería, fundamentalmente, la documental justificativa del fallecimiento; y, en fin, el recurso debería ser estimado con base en el hecho nuevo alegado.

Con todo, ha de reconocerse que la vía del recurso de apelación puede resultar un tanto desproporcionada cuando, como en la hipótesis que planteamos, habría de bastar un sencillo incidente para que judicialmente se constatará el fallecimiento del cónyuge y, con él, la necesidad de dejar sin efecto la Sentencia de divorcio que todavía no era firme.

Por ello, cabría sostener, con GASCÓN INCHAUSTI (2003, págs. 205, 209 y 258-271), que el fallecimiento del esposo trae consigo una “*desaparición sobrevenida del interés legítimo*”, la cual podría hacerse valer por la vía de un incidente del art. 22 LEC, cuyo planteamiento no está sujeto a un *dies ad quem* determinado mientras el proceso esté pendiente. Así:

- 1) Al amparo de este precepto, la demandada debería presentar un escrito haciendo las alegaciones oportunas y solicitando que se dicte resolución por la que se deje sin efecto la Sentencia de divorcio y se acuerde la terminación del proceso por desaparición sobrevenida de su objeto.
- 2) La petición habría de ser resuelta por el mismo Juzgado que dictó la Sentencia de divorcio, que es el tribunal que está conociendo actualmente del

pleito. Nótese que, hasta que deviene firme la Sentencia o se remiten los autos al tribunal *ad quem*, el Juzgado no pierde su competencia sobre el proceso declarativo, pues tiene competencia para tramitar la fase inicial del procedimiento de apelación (arts. 458-461 LEC), para adoptar medidas cautelares (arg. *ex art.* 723.2 LEC, que se refiere al “*tribunal que conozca*”) o, en fin, para resolver incidencias (art. 61 LEC), incluidas, a mi entender, las suscitadas al amparo del art. 22 LEC.

3) La petición suspendería el proceso (arg. *ex art.* 390 LEC, en relación con la alusión a la “*continuación del juicio*” del art. 22.3 LEC), lo que, en nuestra hipótesis, implicaría la suspensión del plazo para recurrir en apelación.

4) Si el Juzgado estimara la petición, la Sentencia dictada quedaría sin efecto y se daría por terminado el proceso con los mismos efectos que una Sentencia desestimatoria (cfr. DE LA OLIVA, 2014, págs. 278-279 y 333-334). Nótese que, como dice GASCÓN INCHAUSTI (2003, 269-270), el hecho de que una Sentencia que no es firme quede sin efecto con motivo de una desaparición sobrevenida del interés, “*no tiene nada de anómalo o extraño*”, pues lo que ocurre “*es que, en vez de haber otra sentencia que asuma o modifique la precedente, lo que ocupa su lugar es un auto que deja sin efecto lo pronunciado anteriormente y dispone que la situación debe contemplarse, de cara al futuro, como si se hubiera dictado una sentencia absoluta-ria firme*”; lo cual, por otro lado, es algo que otros ordenamientos contemplan expresamente sin ningún tipo de problema, como luego veremos.

5) En cambio, si la petición fuera desestimada, se reanudaría el plazo para recurrir y, entonces sí, el hecho nuevo del fallecimiento del esposo podría hacerse valer en el escrito de interposición del recurso, al amparo del art. 460.2.3.º LEC (cfr. GASCÓN INCHAUSTI, 2003, pág. 266).

Para terminar, podríamos plantearnos una hipótesis parciamente diferente. Partiendo también de que la demandada se hubiera opuesto al divorcio al contestar a la demanda y de que, pese a tal oposición, la Sentencia hubiera decretado el divorcio, ¿qué habría pasado si, en lugar de fallecer el actor (D. José Ignacio), quien fallece es la demandada (D.^a Petra)?

En esta segunda hipótesis que nos planteamos, también nos parece defendible que el actor utilice la vía procesal del incidente del art. 22 LEC para hacer valer que, antes de la firmeza del pronunciamiento de divorcio, el matrimonio se ha extinguido por muerte y que, por tanto, el proceso de divorcio debe finalizar por desaparición sobrevenida de su objeto. Ahora bien, como alternativa –quizá más sencilla–, el demandante también podría formular una renuncia a la acción ejercitada (art. 20.1 LEC) o, incluso un desistimiento de la demanda (art. 20.3 LEC; no confundir con el desistimiento de los recursos del art. 450 LEC), los cuales son actos procesales que, conforme al art. 19.3 LEC, “*podrán realizarse, según su naturaleza, en cualquier momento de la primera instancia o de los*

recursos o de la ejecución de sentencia". En estos casos (renuncia a la acción o desistimiento de la demanda después de haberse dictado Sentencia que todavía no es firme), como regla, el tribunal debería dictar una nueva resolución que deje sin efecto la anterior y ponga fin al proceso (cfr., en este sentido, el § 269.3 de la ZPO alemana, que prevé que la previa Sentencia quede sin efecto cuando se produce un desistimiento de la demanda en fase de recurso).

La cuestión puede complicarse un poco si se advierte que, como acertadamente decía D.^a Petra en su recurso de apelación –pero no en su recurso por infracción procesal ni en su recurso de casación, razón por la cual el Tribunal Supremo no entró en este asunto–, dado que la acción de divorcio es personalísima de cada cónyuge y no es susceptible de enajenación a un tercero, no debe caber sucesión procesal en el caso de que, pendiente un proceso de divorcio, fallezca alguno de los cónyuges (cfr. art. 16.1 LEC, que, para su aplicación, presupone que “*se transmita mortis causa lo que sea objeto del juicio*”). Por eso, pese a que el cónyuge demandado se hubiera opuesto al divorcio en su contestación a la demanda, tras su fallecimiento, nadie podría ya recurrir en apelación el pronunciamiento de divorcio incluido en la Sentencia y, por tanto, cabría decir que ese pronunciamiento se convertiría en firme: por un lado, no existe gravamen que permita al actor recurrirlo (pues solicitó el divorcio en la demanda y, en consecuencia, no hay diferencia entre lo pedido y lo concedido) y, por otro, no es posible que nadie suceda al cónyuge demandado para plantear el recurso.

Obsérvese no obstante que, en esta situación, la firmeza subvendría con el fallecimiento o, dicho de otro modo, hasta que el cónyuge demandado no falleciera, no habría firmeza –porque, mientras esté vivo y no haya transcurrido el plazo de veinte días que prevé el art. 458.1 LEC, podría recurrir en apelación el pronunciamiento desfavorable de divorcio–. Pues bien, dado que el fallecimiento del cónyuge demandado sería un presupuesto previo de la firmeza, tendríamos que concluir que el matrimonio se extingue por el fallecimiento y no por divorcio: la primera causa de extinción (muerte) es lo que precipitaría la segunda (divorcio decretado en resolución firme); pero, como no cabe que un mismo matrimonio se extinga dos veces, la única solución es entender que la extinción tuvo lugar por muerte y no por divorcio, pues la primera sería temporal y jurídicamente anterior al segundo.

Llegados a este punto, la cuestión es: ¿cómo podría el actor hacer valer que la extinción del matrimonio tuvo lugar por muerte y no por el divorcio? El tema es complejo, porque, desde un punto de vista técnico procesal, el pronunciamiento de divorcio sería ya firme. Sin embargo, bien mirado, se trataría de una firmeza *aparente* porque el fallecimiento que la provocaría, en realidad, la impide: el fallecimiento sería el presupuesto previo de la firmeza del pronunciamiento de divorcio; pero, como no puede haber divorcio si antes ha fallecido uno de los cónyuges, el fallecimiento debe impedir la eficacia –y la firmeza– del pronunciamiento de divorcio.

En definitiva, resulta que el fallecimiento *lite pendente* del cónyuge demandado también origina una desaparición sobrevenida del objeto del proceso de divorcio y, por eso, entiendo que el cónyuge demandante debería poder utilizar las vías antes indicadas (renuncia a la acción, desistimiento de la demanda o incidente del art. 22 LEC) para obtener del juez una resolución que dejara sin efecto la Sentencia dictada y acordara la terminación del proceso, toda vez que el hecho que fundamenta la utilización de esas vías (la muerte del cónyuge) es temporal y jurídicamente anterior a la aparente firmeza.

5.3. *Apunte de Derecho comparado*

En cualquier caso, tal vez la mejor manera de aclarar las soluciones a los problemas que surgen en las hipótesis que hemos planteado sería una reforma legislativa que precisara que, si el cónyuge demandado se opuso al divorcio al contestar a la demanda y uno de los cónyuges fallece después de dictarse Sentencia acordándolo, pero antes de que el pronunciamiento de divorcio devenga firme, el proceso terminará por desaparición sobrevenida de su objeto, al haber quedado disuelto el matrimonio por muerte.

Esta norma existe, por ejemplo, en Alemania y en Austria. Así, el § 131 de la Ley de Procedimientos de Familia (FamFG) alemana –antes, § 619 de la ZPO alemana– prevé que, “*en caso de que muriese uno de los cónyuges antes de que la Sentencia definitiva en el asunto de familia devenga firme y con fuerza de cosa juzgada, el procedimiento se considera concluido por desaparición de la cuestión de fondo*” (“*Stirbt ein Ehegatte, bevor die Endentscheidung in der Ehesache rechtskräftig ist, gilt das Verfahren als in der Hauptsache erledigt*”). Y, en el mismo sentido, se pronuncia el § 460.8 ZPO austríaca, el cual, tras establecer la misma regla que la FamFG alemana, precisa que, a pesar de que “*el proceso podrá continuar solamente respecto de las costas*”, “*la Sentencia que se haya dictado con anterioridad quedará sin efecto*” [“*Stirbt einer der Ehegatten vor der Rechtskraft des Urteils (§ 416 Abs. 1), so ist der Rechtsstreit in Ansehung der Hauptsache als erledigt anzusehen. Er kann nur mehr wegen der Verfahrenskosten fortgesetzt werden. Ein bereits ergangenes Urteil ist wirkungslos*”].

En cuanto a la interpretación de estas normas, resulta de interés señalar que, en un caso en el que uno de los cónyuges falleció después de que el otro recurriera los pronunciamientos sobre medidas accesorias incluidas en la Sentencia de divorcio, el Tribunal Supremo alemán (BGH *Beschluss* 27.10.2010 - XII ZB 136/09), se enfrentó a la cuestión de si el cónyuge superviviente estaba “*divorciado o viudo*” (*Grund* II-8). Su conclusión fue que, en el momento del fallecimiento, ya se había producido el divorcio porque el antiguo § 619 ZPO –hoy, § 131 FamFG– “*no es aplicable cuando uno de los cónyuges muere después de que el pronunciamiento de divorcio haya adquirido firmeza y fuerza de cosa juzgada, pero antes de que se haya alcanzado una decisión firme y con fuerza de cosa juzgada sobre las medidas accesorias*” (*Grund* III-12: “*§ 619 ZPO aF ist allerdings nicht anzuwenden,*

wenn ein Ehegatte nach Rechtskraft des Scheidungsausspruchs, aber vor rechtskräftiger Entscheidung einer Folgesache stirbt”).

Se podría, así, aventurar que, de haberse planteado en Alemania o en Austria el mismo problema que aborda la Sentencia que aquí comentamos, es muy probable que, pese a la vigencia del § 131 FamFG alemana o del § 460.8 ZPO austríaca, los tribunales de aquellos Estados hubieran llegado a las mismas conclusiones que el Tribunal Supremo español, a saber: que un pronunciamiento judicial de divorcio que ha sido solicitado por ambos cónyuges deviene firme de manera automática e inmediata el mismo día en que se dicta la Sentencia que lo contiene; y que, en consecuencia, después de dictarse la Sentencia de divorcio en primera instancia, una norma como la que se prevé en el § 131 de la FamFG alemana o en el § 460.8 de la ZPO austríaca solamente resultaría aplicable en los casos en los que hubiera habido oposición al divorcio y, por ende, el pronunciamiento de la Sentencia acordándolo no hubiera adquirido inmediata firmeza.

6. Bibliografía utilizada

- FAIRÉN GUILLÉN, V., “El gravamen como presupuesto de los recursos”, en *Temas del ordenamiento procesal*, t. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1969, págs. 991-997.
- GASCÓN INCHAUSTI, F., *La terminación anticipada del proceso por desaparición sobrevenida del interés*, Civitas, Madrid, 2003.
- MUÑOZ ARANGUREN, A., “Una reformulación del concepto clásico de *gravamen* o *perjuicio* como presupuesto para recurrir en apelación en la jurisdicción civil”, *Iustel-Revista General de Derecho Procesal*, n.º 25, septiembre 2011 (texto accesible en <http://www.pelayo-abogados.com/pdf/arturo/Reformulacion-del-concepto-clasico-de-gravamen-o-perjuicio.pdf>).
- DE LA OLIVA SANTOS, A., DÍEZ-PICAZO GIMÉNEZ, I., y VEGAS TORRES, J., *Curso de Derecho Procesal Civil II. Parte Especial*, 2.ª edic., Ed. Ramón Areces, Madrid, 2014.
- PRIETO-CASTRO Y FERRÁNDIZ, L., “Requisitos generales de admisibilidad de los recursos. Gravamen”, *Revista de Legislación y Jurisprudencia*, 1941, t. I, núm. 169, págs. 492-493.
- TAPIA FERNÁNDEZ, I., “Algunas consideraciones críticas acerca del concepto de recurso y sus presupuestos”, *Revista General de Derecho*, 1995, n.º 610-611, págs. 8667-8689.