

LA SEPARACIÓN CONYUGAL EN LA LEY 15/2005, DE 2 DE JULIO, DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

OSCAR MONJE BALMASEDA
Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad de Deusto

Fecha de recepción: 16 de noviembre de 2015
Fecha de aceptación: 22 de diciembre de 2015

RESUMEN: Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción voluntaria regula una nueva modalidad de separación legal, la separación legal ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario, que se añade a la separación legal ante la autoridad judicial recogida en el artículo 81 del Código civil. En este contexto, el objetivo del presente artículo es analizar los aspectos más significativos de la normativa de la separación conyugal.

ABSTRACT: Voluntary jurisdiction new law regulates a new marital separation form. In addition to the traditional way, includes in article 81 of the Civil Code, after the recent legal reform, there is the possibility to process the divorce in the face of a notary or Lawyer of the Administration of Justice. The target of this work is to analyze the major changes wrought by law reform.

PALABRAS CLAVE: Jurisdicción voluntaria, Separación, Procesos matrimoniales, Convenio regulador, Notario, Letrado de la Administración de Justicia.

KEY WORDS: Voluntary jurisdiction, marital separation, marriage process, regulatory agreement, Notary, Lawyer of the Administration of Justice.

SUMARIO: 1. PLANTEAMIENTO. 2. LA SEPARACIÓN LEGAL. 2.1. SEPARACIÓN JUDICIAL. 2.2. SEPARACIÓN CONSENSUAL ANTE EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA O ANTE NOTARIO. 2.2.1. PLANTEAMIENTO. 2.2.2. SEPARACIÓN ANTE EL LETRADO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA. 2.2.3. SEPARACIÓN ANTE NOTARIO. 3. EFECTOS DE LA SEPARACIÓN LEGAL. 4. LA RECONCILIACIÓN. 5. BIBLIOGRAFÍA.

1. PLANTEAMIENTO

Frente al concepto más amplio de separación conyugal, vinculado únicamente a la suspensión de la convivencia entre los cónyuges el Capítulo VII, Libro I del Código civil, bajo el epígrafe “De la separación”, se ocupa de la separación legal.

En efecto, la separación conyugal puede ser una situación puramente fáctica de ruptura de la convivencia matrimonial, acordada por ambos cónyuges o impuesta por uno de ellos, a la que el ordenamiento vincula determinados efectos. En este caso, nos encontramos ante una *separación de hecho*. Sus consecuencias serán las establecidas legalmente, salvo que los cónyuges hayan suscrito un pacto que, respetando las limitaciones legales, se ocupe de determinarlas. En cuanto al posible contenido de estos pactos, coincidirá con las cuestiones que, en un procedimiento de separación, correspondería decidir a la autoridad judicial, esto es, la situación de los hijos, la atribución del uso de la vivienda y del ajuar familiar, la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, la disolución del régimen económico matrimonial y la pensión que, en su caso, correspondería satisfacer a uno de los cónyuges en favor del otro.

Por otro lado, conforme a lo dispuesto en el artículo 81 CC, cabe que concurriendo los presupuestos legales, a petición de uno o ambos cónyuges, la separación sea decretada por la autoridad judicial. En este caso, nos encontramos ante la denominada *separación legal*, cuyos efectos serán determinados en la sentencia que ponga fin al procedimiento.

Siendo éste el planteamiento vigente antes de la Ley 15/2015, de 2 de julio, en este texto se prevé, como novedad, una nueva modalidad de separación legal, la separación legal ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario, que se añade, por tanto, a la separación legal ante la autoridad judicial recogida en el artículo 81 CC, la cual queda limitada a determinados supuestos, como posteriormente desarrollaremos.

Concretamente, centrándonos en la nueva separación legal ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario, el actual artículo 82 CC establece que, en caso de acuerdo de los cónyuges, y no existiendo hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente, la separación legal se tramite mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario. En este caso, los efectos de la separación se vinculan al decreto de separación o la escritura pública del convenio regulador. Para ello, la Ley 15/2015, además de reformar la normativa procesal en la materia, modifica y completa la redacción de los artículos 81, 83 y 84 del Código civil, incorporando la mencionada nueva modalidad de separación legal al artículo 82 CC, el cual quedó sin contenido tras su derogación por la Ley 15/2005, de 8 de julio.

En todo caso, salvo por la mencionada modificación, la orientación básica de la institución a la que se refiere el Capítulo VII, Libro I del Código civil, es el mismo. Por un lado, la situación que se origina por la separación legal no cuestiona la validez del matrimonio, tal y como sucede con la nulidad, y es sustancialmente distinta a la que se plantea como consecuencia del divorcio, ya que, aún separados los cónyuges, el vínculo matrimonial subsiste haciendo imposible que las personas unidas por él contraigan nuevo matrimonio. Por otro, la normativa prevista en el Código civil respecto a la separación es aplicable, como sigue determinando el artículo 81 CC, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio. Pero además, en este caso, no es posible obtener la eficacia civil de las sentencias eclesiásticas de separación, ya que el Acuerdo con la Santa Sede de 1979 y el artículo 80 del Código civil sólo se refieren a la posible eficacia civil de las resoluciones dictadas por los Tribunales eclesiásticos sobre nulidad de matrimonio canónico o de las decisiones pontificias sobre matrimonio rato y no consumado.

En nuestra opinión, al menos en líneas generales, cabe valorar positivamente la reforma, en la medida que, como sucede en otras materias, se posibilita el acceso a los efectos jurídicos de la separación legal de un modo más sencillo y sin pérdida de garantías. De hecho, en aquellos supuestos en los que la ruptura no se plantea como una decisión definitiva, y por ello se descarte la tramitación de un proceso de divorcio, la modificación

legislativa podría servir para incentivar el recurso a la separación legal como vía para ordenar las consecuencias más inmediatas de una crisis matrimonial¹.

2. LA SEPARACIÓN LEGAL

2.1. Separación judicial

La Ley 15/2005, de 8 de julio, con buen criterio, permitió a cualquiera de los cónyuges obtener la separación judicial sin necesidad de invocar causa alguna. La función del Juez quedó circunscrita a comprobar la concurrencia de los presupuestos legales, y a falta de acuerdo, a determinar los efectos de la misma, careciendo de facultades para valorar la oportunidad o inoportunidad de la separación, o los motivos en que se fundaba².

Después de la reforma introducida en el Código civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, partiendo de este mismo planteamiento, la primera variante legislativa de la separación legal, esto es, la separación decretada por la autoridad judicial, se circunscribe literalmente en el artículo 81 CC al supuesto de que existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, posibilitando este precepto tanto la separación a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, como la separación a petición de uno sólo de los cónyuges³.

Resulta acertado, a nuestro juicio, mantener como competencia de la autoridad judicial, cualquier procedimiento en el que intervienen menores o personas con la capacidad modificada judicialmente⁴. Igualmente, a pesar del tenor literal del precepto, no cabe duda que también corresponderá a la autoridad judicial la competencia respecto a cualquier procedimiento de separación si es contencioso, aún en el caso de que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad judicialmente modificada que dependan de sus progenitores. Evidentemente, en este caso no cabe otra alternativa que la controversia que puede estar relacionada con cualquiera de los efectos de la separación (atribución del uso de la vivienda, pensión compensatoria, etc.), sea resuelta por la autoridad judicial. Además, el mencionado supuesto no tiene encaje en el actual artículo 82 CC, que se limita a supuestos en los que concurre acuerdo de los cónyuges.

Nos encontramos, por tanto, en el ámbito de la separación judicial, regulada en el artículo 81 CC, con la doble posibilidad de que sea solicitada, bien de mutuo acuerdo, o por uno sólo de los cónyuges. Analizaremos brevemente ambos supuestos, tanto desde la perspectiva de la regulación sustantiva, como en lo que se refiere a su normativa procesal, dado que no existen cambios respecto a la legislación vigente con anterioridad a la Ley 15/2015.

Refiriéndose a la separación judicial de mutuo acuerdo, determina el artículo 81.1º CC que se decretará judicialmente la separación, “a petición de ambos cónyuges o de uno

¹ Respecto a la pérdida de relevancia práctica de la separación, tras la Ley 15/2005, de 8 de julio, *vid.* MARTÍN-CASALS, M., “La separación vincular y la disolución del matrimonio”, en LLEDÓ YAGÜE, F.-SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.)/MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 262-263.

² Sobre la evolución legislativa en materia de separación desde la redacción originaria del Código civil, *vid.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de Familia y de la Persona*, tomo IV, Matrimonio, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 489 y ss.

³ En cuanto a la terminología utilizada por la LJV, coincidimos con FERNÁNDEZ DE BUJAN, que debe valorarse positivamente, constituyendo con carácter general un acierto de la nueva regulación. Así, explica este autor que se utiliza la expresión “capacidad modificada judicialmente” en vez de “incapacitación”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma de la jurisdicción voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 61.

⁴ En este sentido, *vid.* LUDEÑA BENITEZ, O.D., “Alternatividad o exclusividad de profesionales en la tramitación y decisión de los expedientes de jurisdicción voluntaria: una discusión parlamentaria y doctrinal hasta la aprobación de la Ley 15/2015, de 8 de Julio”, *Practica de Tribunales*, nº 116, septiembre-octubre 2015, La Ley, pág. 3.

con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio”. El referido plazo, mantenido tras la última reforma⁵, entendemos que pretende evitar separaciones precipitadas y dotar a la decisión de los cónyuges de la garantía que proporciona a toda decisión un tiempo de reflexión. Sin embargo, además de considerar que, atendiendo a su brevedad, el plazo de tres meses no cumple finalidad alguna, cabe dudar de las ventajas que en la práctica proporciona un requisito de este tipo como medio de evitar o superar crisis matrimoniales. Dado que los cónyuges pueden pactar libremente el cese de la convivencia e incluso sus efectos, puede presumirse que, en la mayoría de los casos, si desean separarse lo harán⁶.

Por otro lado, exige el citado precepto que “a la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador de la separación redactada conforme al artículo 90 de este Código”. De este modo, la falta de acuerdo en un punto concreto obligará a acudir a un procedimiento contencioso respecto a la totalidad de los efectos de la separación, sin perjuicio de los acuerdos parciales que se puedan alcanzar durante la tramitación del mismo. No obstante, en cuanto al contenido del convenio regulador, no es necesario que se incluya en él la liquidación del régimen económico matrimonio, aunque en el caso de incluirse, procede su aprobación, sin que quepa la remisión a un proceso posterior⁷. En efecto, la liquidación consensual puede articularse mediante la inclusión de la liquidación en el convenio regulador que presenten los cónyuges con la demanda de separación o divorcio de mutuo acuerdo (artículo 777 LEC). Esta posibilidad aparece prevista en el artículo 90 CC, cuando se refiere al contenido que ha de tener el convenio regulador, y, en tal caso, el juez lo aprobará en la sentencia de separación o divorcio⁸.

Por lo que respecta al procedimiento, en este caso la tramitación se realizará conforme a lo dispuesto en los apartados primero a noveno del artículo 777 LEC. Por tanto, después de la ratificación de los cónyuges, practicada la prueba que se haya propuesto y emitido el informe por el Ministerio Fiscal, el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando la separación o el divorcio y pronunciándose, en su caso, sobre el convenio regulador. Concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente.

No obstante, la sentencia que deniegue la separación o el divorcio y el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges podrán ser recurridos en apelación. El recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspenderá la eficacia de éstas, ni afectará a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o al divorcio. Por su parte, la sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal.

Por otro lado, la modificación del convenio regulador o de las medidas acordadas por el tribunal en los procedimientos a que se refiere este artículo se sustanciará conforme a lo dispuesto en el mismo cuando se solicite por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y con propuesta de nuevo convenio regulador. En otro caso, se

⁵ En cambio, en la redacción anterior a la Ley 15/2005, de 8 de julio, en el artículo 81 CC, se exigía que se solicitara una vez transcurrido el primer año del matrimonio.

⁶ Sobre esta cuestión, *vid.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de Familia y de la Persona*, tomo IV, Matrimonio, Bosch, Barcelona, 2007, págs. 508-509.

⁷ En este sentido, *vid.* SAP de Alicante, sección 9ª, sentencia 398/2012, de 22 de junio, rec. 197/2012.

⁸ GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “Ámbito de aplicación y competencia para conocer del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial”, en LLEDÓ YAGÜE, F.-SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.)/MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 783.

estará a lo dispuesto en el artículo 775 LEC, que regula el procedimiento de medidas definitivas.

Por último, el artículo 81.2º CC, refiriéndose a la separación judicial contenciosa establece que igualmente se decretará judicialmente la separación, “a petición de uno sólo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio”.

Nos encontramos de nuevo, en este caso en un proceso de separación al menos inicialmente contencioso⁹, ante un plazo que lejos de ofrecer ventaja alguna podría inducir a mantener forzosamente la convivencia, con los evidentes riesgos que ello supone. Precisamente por ello, se prevé en el mencionado precepto que no será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio¹⁰.

Como destacamos anteriormente, esta vía prevista en el artículo 82.2º CC es la única a la que cabe recurrir en caso de desacuerdo, aún no existiendo hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, a pesar de la desafortunada redacción del artículo 81 CC.

Finalmente, señala el precepto que a la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos de la separación, de cuya regulación detallada se ocupan los artículos 91 y ss. del Código civil.

En cuanto a la tramitación, en este caso se aplicará lo dispuesto en el artículo 770 LEC, de tal modo que la demanda se sustanciará por los trámites del juicio verbal, y con sujeción, además, a las reglas adicionales que el propio precepto proporciona.

2.2. Separación consensual ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario

2.2.1. Planteamiento

Los cónyuges, como establece el artículo 82.1 CC, 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 que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Por tanto, en todo caso es preciso que los cónyuges alcancen un acuerdo sobre todos y cada uno de los efectos de la separación que constituyen, tal y como establece el artículo 90 CC, el contenido mínimo del convenio regulador, salvo, como anteriormente desarrollamos, lo relativo a la liquidación del régimen económico matrimonial.

En definitiva, se trata del mismo planteamiento recogido en el actual artículo 87 CC en materia de divorcio. De hecho, el artículo 87 CC, tras admitir que los cónyuges puedan

⁹ Como dispone el artículo 770.5º LEC, en cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en el artículo 777, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento por los trámites que se establecen en dicho artículo.

¹⁰ No es necesario, como explica PÉREZ MARTÍN, que se haya consumado la agresión al cónyuge o a los hijos ya que basta con una situación de riesgo para los bienes jurídicos que se protegen en la Ley 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género: vida, integridad física, libertad, integridad moral e indemnidad sexual. Lo que se pretende es poner fin cuanto antes a la relación matrimonial para evitar el peligro que la continuación de la convivencia puede provocar en los integrantes de la familia. PÉREZ MARTÍN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia*, tomo I, vol. 1, Procedimiento contencioso. Separación nulidad y divorcio, Lex Nova, Madrid, 2007, pág. 51.

acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Letrado de la Administración de Justicia o ante Notario, se remite en cuanto a la forma, contenido y demás requisitos a lo previsto en el artículo 82 CC¹¹.

Se abre, por tanto, una nueva vía para acceder a la separación legal, que queda con acierto circunscrita, tal y como indica el artículo 82.2 CC, a los supuestos en los que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores. En cuanto a la dependencia a la que se refiere el precepto, cabe entender que, al margen del patrimonio con el que pueda contar el hijo, quedarían fuera del ámbito del artículo 82 CC, todos aquellos supuestos en los que el hijo, con la capacidad modificada judicialmente, o bien conviva con los progenitores, o bien dependa de cualquier modo de ellos desde el punto de vista económico o personal.

Los cónyuges, en estos casos, según establece el artículo 82.1 CC, deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario, lo cual no es sino una manifestación más del carácter personalísimo de la acción de separación, al igual que la acción de divorcio¹². Igualmente, señala el mencionado precepto, los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. Dada la redacción del precepto entendemos que sólo será necesario el consentimiento de los hijos mayores o menores emancipados, en los supuestos en los que éstos carezcan de ingresos propios y, además, convivan en el hogar familiar.

2.2.2. Separación ante el Letrado de la Administración de Justicia

La separación ante el Letrado de la Administración de Justicia, que incorpora a nuestro ordenamiento Ley 15/2015, de 2 de julio, limitada a los supuestos en los que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, no presenta en principio mayor especialidad que su tramitación se ajustará a lo dispuesto en el también reformado artículo 777 LEC.

En este sentido, se añade al artículo 777 un apartado 10^o en el que se establece que si la competencia fuera del Letrado de la Administración de Justicia, inmediatamente después de la ratificación de los cónyuges ante el Letrado de la Administración de Justicia, este dictará decreto pronunciándose, sobre el convenio regulador. El decreto que formalice la propuesta del convenio regulador declarará la separación o divorcio de los cónyuges.

No obstante, cabe la posibilidad que, con carácter previo a esta decisión, por parte del Letrado de la Administración de Justicia se solicite a los cónyuges que complementen la documentación aportada. Ratificada por ambos cónyuges la solicitud, si la documentación aportada fuera insuficiente, según establece también reformado artículo 777.4 LEC, el Juez o el Letrado de la Administración de Justicia que fuere competente, concederá a los solicitantes un plazo de diez días para que la completen. Durante este plazo se practicará, en su caso, la prueba que los cónyuges hubieren propuesto y la demás que el tribunal

¹¹ En rigor, el procedimiento de separación o divorcio solicitado por los cónyuges de mutuo acuerdo o por uno de ellos con el consentimiento del otro, constituye un expediente de jurisdicción voluntaria, aunque no se incluya como tal en la Ley 15/2015. En este sentido, *vid.* LIÉBANA ORTIZ, J.R.-PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios a la Ley de Jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 2015, pág. 215. De hecho, se sostenía la misma posición con anterioridad a la Ley 15/2015, de 2 de julio. En esta línea *vid.* MARTÍN-CASALS, M., "La separación vincular y la disolución del matrimonio", en LLEDÓ YAGÜE, F.-SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.)/MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 267-268.

¹² Sobre el carácter personal de la acción de separación y divorcio, y la posible presentación de la demanda por parte del representante legal del cónyuge incapacitado, *vid.* STC 311/2000, de 18 de diciembre y STS (Pleno), de 21 de septiembre de 2011.

considere necesaria para acreditar la concurrencia de las circunstancias en cada caso exigidas por el Código Civil y para apreciar la procedencia de aprobar la propuesta de convenio regulador.

En todo caso, conforme al artículo 777.10 LEC, si el Letrado de la Administración de Justicia considerase que, a su juicio, alguno de los acuerdos del convenio pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, “lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el procedimiento”¹³. En este supuesto, según el artículo 777.10 LEC, “los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”, para lo cual, a falta de previsión legal, entendemos que deberán iniciar un nuevo procedimiento.

De hecho, el artículo 777.10 LEC establece que el decreto del Letrado de la Administración de Justicia no será recurrible. Esta imposibilidad de plantear recurso alguno, no es sino una consecuencia en principio lógica del carácter consensual de la separación y de que no existen otros intereses en juego que los de los propios cónyuges, pero no parece la solución más adecuada en el caso de que el Letrado de la Administración de Justicia ponga fin al procedimiento, al considerar que el convenio es dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados. En ese supuesto, debería haberse arbitrado la posibilidad de someter la aprobación del convenio a la decisión última de la autoridad judicial, mediante el oportuno recurso.

Finalmente, las medidas que hubieran sido convenidas ante el Letrado de la Administración de Justicia, al igual que las convenidas en escritura pública ante Notario, como indica el artículo 90.3 CC, podrán en todo caso ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en el Código Civil. De hecho, el mismo artículo 777.10 LEC, prevé que la modificación del convenio regulador formalizada por el Letrado de la Administración de Justicia se sustanciará conforme a lo dispuesto en este artículo cuando concurren los requisitos necesarios para ello.

2.2.3. Separación ante Notario

De manera alternativa a la separación ante el Letrado de la Administración de Justicia, el artículo 82 CC y el artículo 54 LN atribuyen competencia a los Notarios para el otorgamiento de escrituras públicas de separación, limitada a los supuestos en los que no existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores¹⁴.

En este caso, los cónyuges acordarán la separación mediante la formulación de un convenio regulador, debiendo estar asistidos en el otorgamiento de la escritura de Letrado en ejercicio, tal y como establece también el artículo 54.2 LN¹⁵.

¹³ Es la solución que finalmente se adopta en el artículo 90.2 CC, al establecer que “cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente”. En este caso, según el precepto, “los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”.

¹⁴ A favor de esta limitación, *vid.* LUDENA BENITEZ, O.D., “Alternatividad o exclusividad de profesionales en la tramitación y decisión de los expedientes de jurisdicción voluntaria: una discusión parlamentaria y doctrinal hasta la aprobación de la Ley 15/2015, de 8 de Julio”, *Practica de Tribunales*, n° 116, septiembre-octubre 2015, La Ley, pág. 3. En contra, *vid.* CEDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria: su elogio no exento de crítica”, *Revista de Derecho Privado*, año n° 98, número 3-4, 2014, pág. 113.

¹⁵ A nuestro juicio, cabe valorar positivamente la necesaria asistencia de Letrado, también en estos casos, ya que como explica con carácter general FERNÁNDEZ DE BUJÁN, al hilo de la presencia de abogados y procuradores en los procesos judiciales, “Los abogados y los procuradores siempre han servido para reforzar la posición de los justiciables en cualquier procedimiento judicial, garantizar el reconocimiento de sus derechos en régimen de

Al igual que sucede, en la separación ante el Letrado de la Administración de Justicia, el artículo 90.2 CC, posibilita, e incluso obliga, a los Notarios fiscalizar los acuerdos alcanzados por los cónyuges, al establecer que “cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Letrado de la Administración de Justicia o Notario y éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente”, con la consecuencia, igualmente prevista en el precepto, de que “los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”. La solución, sin perjuicio de que sea discutible, al menos evita que la canalización de estos acuerdos vía notarial suponga una pérdida de garantías¹⁶.

Ninguna especialidad presenta la tramitación y otorgamiento de la escritura pública, que se ajustarán a lo dispuesto en el Código civil y en la Ley del Notariado. De hecho, la principal ventaja y diferencia de esta modalidad de separación legal es la rapidez en cuanto a su tramitación. Únicamente, cabe destacar que los cónyuges, deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes (art. 54.1 LN), lo cual no coincide exactamente con lo dispuesto en el artículo 769.2 LEC, en el que se indica que en el procedimiento de separación o divorcio de mutuo acuerdo a que se refiere el artículo 777, será competente el Juzgado del último domicilio común o el del domicilio de cualquiera de los solicitantes.

Finalmente, ha de tenerse en cuenta que ésta es una competencia exclusivamente atribuida a los Notarios ya que, conforme al artículo 82.1. CC, los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.

3. EFECTOS DE LA SEPARACIÓN LEGAL

El artículo 83 CC, en su nueva redacción, se ocupa de los efectos de la separación legal ofreciendo un planteamiento común a los diferentes tipos de separación legal. La sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine, según indica el mencionado precepto en primer párrafo, “producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica”.

En definitiva, nos encontramos en el artículo 83.1 CC, con las mismas consecuencias previstas en la redacción anterior, habiéndose añadido únicamente la referencia al decreto o escritura pública de separación. En todo caso, cabe recordar que, según el artículo 102 CC, que no distingue entre procedimientos contenciosos o de mutuo acuerdo, una vez admitida a trámite la demanda de separación nulidad y divorcio, los cónyuges pueden vivir separados y cesa la presunción de convivencia conyugal, y asimismo, salvo pacto en contrario, lo cual en la práctica es sumamente improbable, cesa también la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

igualdad, y coadyuvar en la defensa de sus intereses, por lo que su intervención resulta, con carácter general, necesaria en el logro de la tutela judicial efectiva. La percepción de los ciudadanos y de los operadores jurídicos que intervienen en el curso de procedimientos complejos en los que no se exige la presencia abogado y procurador, suele consistir en una merma considerable de agilidad en la tramitación y de operatividad en el propio órgano judicial”. FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma de la jurisdicción voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Dykinson, Madrid, 2015, pág. 61.

¹⁶ Frente a ello, en el Proyecto de ley, modificado finalmente con la redacción anterior se establecía que “cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Notario y este considerase que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos afectados, lo advertirá a los otorgantes, quienes expresamente deberán consentir estos acuerdos y dejará constancia en la escritura de haber hecho tal advertencia y del consentimiento prestado”.

Por otro lado, debe tenerse en cuenta que el precepto sólo se refiere a los efectos de la separación legal, dejando la regulación de los efectos de la separación de hecho a los numerosos preceptos que el Código civil que se refieren expresamente a la separación de hecho, con la inseguridad añadida de que en precepto alguno se establecen los requisitos para que podamos concluir que existe ciertamente una separación de hecho y no un mero cese efectivo de la convivencia conyugal, al que se refería el antiguo artículo 87 CC, derogado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, o un simple cese temporal de la convivencia al que, por su duración u otras circunstancias, no proceda aplicar los efectos de la separación de hecho establecidos legalmente.

La Ley 15/2015 añade un párrafo segundo al mencionado artículo 83 CC, en el que se determina el momento en que la separación legal produce sus efectos, ocupándose igualmente de la inscripción de la sentencia, decreto o escritura pública de separación en el Registro Civil y sus efectos. Los efectos de la separación matrimonial, según el artículo 83.2 CC, “se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82”¹⁷.

Entre estos efectos, además de los que son comunes a los procedimientos de separación, nulidad y divorcio (situación de los hijos, uso del domicilio, compensación en favor de unos de los cónyuges, etc.), cabe mencionar la pérdida de los derechos sucesorios, tanto respecto a la legítima, como en la sucesión intestada (arts. 834 CC y 945 CC) y el cese de la presunción de paternidad (art. 116 CC)¹⁸.

Igualmente, la disolución de pleno derecho de la sociedad de gananciales, se vincula en el artículo 1392 CC, entre otros supuestos, a que se acuerde la separación legal de los cónyuges¹⁹. No obstante, en cuanto a la fecha de la disolución del régimen económico, en los casos de disolución por sentencia de separación, al igual que sucede en los supuestos de disolución por divorcio, no podemos olvidar el criterio jurisprudencial configurado en torno a la sociedad de gananciales, en virtud del cual la separación de hecho disuelve la sociedad de gananciales si se acredita el previo cese prolongado y efectivo de la convivencia conyugal. En este caso, será la sentencia de separación judicial o divorcio la que fije la fecha de disolución del régimen²⁰.

Finalmente, conforme al mismo artículo 83.2 CC, se remitirá testimonio de la sentencia o decreto, o copia de la escritura pública al Registro Civil para su inscripción, sin

¹⁷ En todo caso, la firmeza que realmente interesa no es la de la sentencia sino la relativa al pronunciamiento concreto en torno a la separación. De hecho, en el artículo 774.5 LEC, después de señalar que 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, se establece que “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”.

¹⁸ Sobre los efectos de la separación legal, *vid.* MARTÍN-CASALS, M., “La separación vincular y la disolución del matrimonio”, en LLEDÓ YAGÜE, F.-SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.)/MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2011, págs. 269-271.

¹⁹ A partir de ese momento, el régimen que procede es el de separación de bienes, ya que según el artículo 1435.3 CC, existirá entre los cónyuges separación de bienes, “cuando se extinga, constante matrimonio la sociedad de gananciales o el régimen de participación, salvo que por voluntad de los interesados fuesen sustituidos por otro régimen distinto”.

²⁰ PÉREZ MARTÍN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia*, tomo V, Regímenes económico matrimoniales, Lex Nova, Madrid, 2009, pág. 413. No obstante, en la STS, Sala de lo civil, de 6 de mayo de 2015 (sentencia número 226/2015), se matiza la anterior jurisprudencia que establece que la situación de separación de hecho excluye la pervivencia de la sociedad de gananciales, para considerar injustificada su aplicación “en aquellos supuestos en que pese a existir una separación de hecho, no obstante, no hay o no se constata, una voluntad efectiva e inequívoca de romper la relación conyugal a estos efectos, bien por razones de índole económica, o bien por razones afectivas.”

que, hasta que esta tenga lugar, al igual que sucede con la sentencia de divorcio, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe²¹.

4. LA RECONCILIACIÓN

La situación legal de separación puede terminar por la ulterior disolución del vínculo, la declaración de nulidad del matrimonio o por voluntad de los propios cónyuges manifestada a través de la reconciliación. La reconciliación, según el artículo 84.1 CC, tanto en su redacción actual como en la anterior a la Ley 15/2015, “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”, añadiendo que “mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa justa que la justifique”.

La reconciliación, que puede ser expresa o tácita, no es sino un negocio jurídico por el cual los cónyuges reanudan la vida en común con la intención de que despliegue de nuevo toda su eficacia el vínculo matrimonial, siendo doctrina generalizada que la notificación al Juez a la que se refiere el precepto carece de carácter constitutivo²².

Esta reconciliación puede producirse, conforme al artículo 84.1 CC, tanto antes de la sentencia de separación, en cuyo caso supondría el fin de las medidas que provisionalmente se hayan adoptado, como una vez dictada la resolución judicial, dejando sin efecto lo establecido por ella. No obstante, según el precepto mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos cuando exista causa justa que la justifique.

Igualmente, la separación de bienes a la que conduce la sentencia de separación judicial por aplicación de los artículos 1392.3 y 1435.3 CC, no se alterará por la reconciliación (art. 1443 C.C). Únicamente cabe que los cónyuges pacten en capitulaciones matrimoniales, por ejemplo, el inicio de una nueva sociedad de gananciales. En ese caso, conforme al artículo 1444.2 C.C, harán constar en las capitulaciones los bienes que cada uno aporte y se considerarán estos privativos, aunque, en todo o en parte, hubieran tenido carácter ganancial antes de la liquidación practicada por causa de separación. Por otro lado, de acuerdo al artículo 106.2 CC, con la reconciliación tampoco se restablecen los consentimientos o poderes que los cónyuges se hubieran otorgado, siendo definitiva la revocación que el artículo 102 CC vincula a la admisión de la demanda de separación.

A este planteamiento, la Ley 15/2005, añade únicamente que “cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones” (art. 84.2 CC). Además, la reforma presta atención a la eficacia frente a terceros de la reconciliación, estableciendo que “la reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente” (art. 84.3 CC), inscripción prevista en el artículo 76 LRC.

Por lo que se refiere a la regla prevista en el art. 82.2 CC, nos encontramos con la necesaria adaptación del precepto a la nueva posibilidad legislativa de que la separación legal haya sido acordada mediante un convenio regulador ante notario, estableciendo el instrumento público que procede otorgar para constatar la existencia de la reconciliación²³

²¹ Respecto a la inscripción de las resoluciones judiciales sobre nulidad, separación y divorcio, *vid.* LINACERO DE LA FUENTE, M., *Tratado del Registro civil. Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, págs. 326 y ss.

²² En esta línea, *vid.* ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de Familia y de la Persona*, tomo IV, Matrimonio, Bosch, Barcelona, 2007, pág. 529; MARTÍN-CASALS, M., “La separación vincular y la disolución del matrimonio”, en LLEDÓ YAGÜE, F.-SÁNCHEZ SÁNCHEZ A. (Dir.)/MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2011, pág. 272”

²³ Con el mismo objetivo de adaptación el artículo 835 CC, relativo a la legítima del cónyuge viudo, establece que “si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación

BIBLIOGRAFÍA

CEDEIRA BRAVO DE MANSILLA, G., “Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el Anteproyecto de Ley de jurisdicción voluntaria: su elogio no exento de crítica”, *Revista de Derecho Privado*, año nº 98, número 3-4, 2014, págs. 97-115.

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, A., *La reforma de la jurisdicción voluntaria. Textos prelegislativos, legislativos y tramitación parlamentaria*, Dykinson, Madrid, 2015.

GUTIÉRREZ BARRENENGOA, A., “Ámbito de aplicación y competencia para conocer del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial”, en LLEDÓ YAGÜE, F.-SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.)/MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2011.

LIÉBANA ORTIZ, J.R.-PÉREZ ESCALONA, S., *Comentarios a la Ley de Jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, Pamplona, 2015.

LINACERO DE LA FUENTE, M., *Tratado del Registro civil. Adaptado a la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.

LUDEÑA BENITEZ, O.D., “Alternatividad o exclusividad de profesionales en la tramitación y decisión de los expedientes de jurisdicción voluntaria: una discusión parlamentaria y doctrinal hasta la aprobación de la Ley 15/2015, de 8 de Julio”, *Practica de Tribunales*, nº 116, septiembre-octubre 2015, La Ley, págs. 1-10.

PÉREZ MARTIN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia*, tomo I, vol. 1, Procedimiento contencioso. Separación nulidad y divorcio, Lex Nova, Madrid, 2007.

PÉREZ MARTIN, A.J., *Tratado de Derecho de Familia*, tomo V, Regímenes económico matrimoniales, Lex Nova, Madrid, 2009.

MARTÍN-CASALS, M., “La separación vincular y la disolución del matrimonio”, en LLEDÓ YAGÜE, F.-SÁNCHEZ SÁNCHEZ, A. (Dir.)/MONJE BALMASEDA, O. (Coord.), *Los 25 temas más frecuentes en la vida práctica del Derecho de Familia*, Tomo I, Dykinson, Madrid, 2011.

ZARRALUQUI SÁNCHEZ-EZNARRIAGA, L., *Derecho de Familia y de la Persona*, tomo IV, Matrimonio, Bosch, Barcelona, 2007.

o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos”.