



UNIVERSIDAD DE LEÓN

TUTELA JUDICIAL DE LA SEPARACIÓN O DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO

CRISTINA LLAMAS BAO

Tesis dirigida por:

Prof. Dr. D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán

Profesor Titular de Derecho Procesal de la Universidad de León.

León, 2018

UNIVERSIDAD DE LEÓN
FACULTAD DE DERECHO
DEPARTAMENTO DE DERECHO PÚBLICO
ÁREA DE DERECHO PROCESAL

**TUTELA JUDICIAL DE LA SEPARACIÓN
O DIVORCIO DE MUTUO ACUERDO**

**Tesis para la obtención del Título de Doctor presentada en la
Universidad de León por D^a Cristina LLamas Bao, bajo la dirección
del Prof. Dr. D. Pedro Álvarez Sánchez de Movellán.**

XII. EXTINCIÓN DE LOS EFECTOS DE LA SENTENCIA QUE APRUEBA EL CONVENIO.

No es conveniente volver a entrar en un análisis exhaustivo de la sentencia matrimonial ya que sobre ella, existe un apartado específico en este trabajo (*vid. VI. El desmantelamiento de la sentencia civil*). Únicamente quiero mencionar a modo recordatorio, que en la propia sentencia de los procesos matrimoniales consensuales, se contienen dos pronunciamientos; por un lado, el relativo a la pretensión principal (separación o divorcio) y, por otro lado, el relativo al convenio regulador.

Pues bien, veremos en este punto, cómo en la práctica pueden plantearse determinados supuestos que pueden ocasionar la extensión total o parcial de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio. A pesar de que ni el CC ni la LEC tienen una regulación específica para este “cese” de efectos, veremos que sí existen determinados artículos que contemplan esta cuestión.

A continuación pasaré a analizar la extinción total que puede producirse o bien, por el fallecimiento de uno de los cónyuges o bien, por su reconciliación.

12.1. POR EL FALLECIMIENTO DE UNO DE LOS CÓNYUGES.

Sin lugar a dudas, una de las causas de extinción total es el fallecimiento de uno de los cónyuges.

El convenio regulador es el acuerdo de voluntades de ambos cónyuges. Si uno de ellos fallece, se quiebra, el pilar fundamental o como he llamado a lo largo de este trabajo, “el eje vertebrador” sobre el que asienta este proceso, ya que, ante la imposibilidad de cumplimiento de las medidas por parte del cónyuge fallecido, tanto de las del carácter matrimonial como las que afecten a hijos, se produce la desaparición de los efectos del convenio y, en consecuencia los de la sentencia matrimonial porque recordemos, en palabras de GONZÁLVEZ VICENTE “para que el convenio despliegue

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

todos sus efectos es necesario que se haya dictado sentencia, con un pronunciamiento judicial favorable del convenio regulador propuesto”¹.

Acabemos de ver lo que sucedería si uno de los cónyuges fallece una vez que se ha dictado sentencia pero, ¿qué ocurriría si uno de los cónyuges fallece durante la sustanciación del proceso de separación o divorcio consensual?

En este supuesto, deberá acordarse de inmediato el archivo de las actuaciones pues carecería de sentido su continuación al haberse disuelto el matrimonio por la muerte de uno de los cónyuges tal y como lo prevé el artículo 85 del CC: *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.*

Antes de la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 julio, tenía sentido la continuación del procedimiento a los efectos de los antiguos artículos 834 (*el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*) y 835 (*cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará al resultado del pleito*), ambos del CC.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, respetó la redacción introducida por la Ley de 24 de abril de 1958² que consideraba legitimario al cónyuge separado de hecho y el que

¹ GONZÁLVEZ VICENTE Pilar. “Procedimiento consensuado” en *Tratado de Derecho de Familia...*, op. cit., pág. 703.

² Esta Ley modificó determinados artículos del CC para acomodar nuestro ordenamiento al Concordato concertado el 27 de agosto de 1953 entre la Santa Sede y el Estado español. Introduce algunas novedades en materia de adopción, aborda el problema de la capacidad jurídica de la mujer y modifica la regulación de los derechos sucesorios del cónyuge supérstite estableciendo un régimen más simple a la vez que aumenta la participación viudal.

En relación a este último aspecto, el Preámbulo de la Ley argumentaba cuál era el fin de la modificación: *se pretende evitar la complejidad que, en ciertos casos, ofrecía la ordenación anterior, y sobre todo, impedir que el mayor número de hijos, exponente seguro de acendrados sacrificios en la vida conyugal, y probable causa de más justificadas necesidades en el futuro, se traduzca en una progresiva resta en el haber hereditario. Se trata de conseguir, si no la completa identidad, sí una siempre deseable aproximación entre el régimen del Código Civil y el de los Derechos Forales, generalmente considerados como más comprensivos y justos en este punto.*

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

estuviera separado judicialmente por culpa de su consorte, haciendo depender la pérdida de la legítima de hechos anteriores a la separación, pues sólo así podía acreditarse que tal separación fuera por culpa de un cónyuge³.

Señala PÉREZ MARTÍN que, por aquél entonces, se admitía la legitimación por sucesión de los herederos del cónyuge fallecido, si bien a los solos efectos de poder determinar si el cónyuge superviviente era culpable o no de dicha separación. Dicho en otras palabras, no se trataba de que el procedimiento continuase para que se decretase la separación matrimonial (ya que resultaba imposible dado el carácter personalísimo de la acción y la circunstancia de que el matrimonio quedaba automáticamente disuelto por el fallecimiento de uno de los cónyuges) si no de que continuase con el fin de poder decretar si en relación con las causas de separación alegadas en su demanda por el cónyuge fallecido, el superviviente debe o no ser declarado culpable a los efectos de su derecho a la legítima vidual⁴.

Como bien indican COBACHO GÓMEZ y GONZÁLEZ VALVERDE⁵, la Ley 15/2005, 8 de julio, modificó, entre otros, los artículos 834 y 835 del CC, destacando la desaparición de la referencia a la culpa del difunto respecto a la separación para que se conservara el derecho a la cuota usufructuaria. Esta Ley, tenía como objetivo, superar el modelo de la separación-sanción y, muestra de ello fue la supresión de la expresión *por culpa del difunto* quedando el artículo 834 redactado de la siguiente forma: *el cónyuge*

³ Así lo contempla RAGEL SÁNCHEZ Luis Felipe. “Comentario al artículo 834 del CC” en *Las modificaciones al Código Civil...*, op. cit.

⁴ En palabras de PÉREZ MARTÍN Antonio Javier (*Pactos prematrimoniales...*, op. cit., págs. 524 y 525) “eran numerosas las Audiencias Provinciales que, desde la reforma operada en el derecho de familia por la Ley 30/1981 entendían que era dudosa la vigencia del artículo 834 del CC, ya que mantenían que era difícilmente concebible la hipotética y futura aplicación al estado de separación matrimonial de los cónyuges de las prescripciones sucesorias prevenidas en el artículo 834 del CC, a los efectos de mantener respecto del sobreviviente, el derecho de usufructo del tercio destinado a mejora, en cuanto dicho precepto, redactado por la Ley de 24 de abril de 1958, hace referencia a declaraciones de culpabilidad, condicionantes de los diversos efectos, principal y complementarios, de la separación matrimonial y que fueron superadas por la Ley 30/1981, de 7 de julio, en un intento de objetivar las diversas causas de separación, ausentes de toda idea de culpabilidad o inocencia”

⁵ COBACHO GÓMEZ José Antonio y GONZÁLEZ VALVERDE Antonio. “Comentario a la Disposición Final 1ª de la LJV” en *Comentarios a la Ley 15/2015...*, op. cit., pág. 1010.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO

XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.

Finalmente, y siguiendo la línea de la Ley 15/2005 de supresión de la expresión *por culpa del difunto*, la LJV volvió a modificar el artículo 834 del CC pero en esta ocasión, sustituyendo *separación judicial* por *separación legal*⁶, en atención a las nuevas separaciones o divorcios llevados a cabo por LAJ o notarios: *el cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.*

Al haberse eliminado toda referencia a la continuación del procedimiento, se podría decir, a modo de conclusión, que si produjera el fallecimiento de uno de los cónyuges durante la tramitación del proceso matrimonial, se dictaría un auto acordando la terminación del mismo.

Por otro lado, si el fallecimiento se produjese antes del trámite de la ratificación del convenio, no existe duda alguna en que se debe proceder de inmediato al archivo de las actuaciones. Ahora bien, no resulta del todo claro si el fallecimiento ocurriese después de la ratificación del convenio pero antes de que se dicte sentencia.

Ya vimos que el fallecimiento del cónyuge produce de forma automática la disolución del matrimonio y, en consecuencia queda sin contenido la acción principal. Ahora bien, el problema surge con el convenio regulador, pues éste pese a que todavía no ha sido aprobado por la sentencia, puede gozar de cierta eficacia, al haber sido ratificado ante el juez, LAJ o notario.

⁶ Opina RAGEL SÁNCHEZ Luis Felipe. (“Comentario al artículo 834 del CC” en *Las modificaciones al Código Civil...*, op. cit.) que el término legal es impreciso, e incluso desafortunado, porque podría conducir a la idea de que la separación de hecho es ilegal, lo que no es cierto. La separación de hecho está admitida ampliamente por el Derecho, que dedica numerosos preceptos a regular sus consecuencias (art. 1368 del CC). Para este autor, hubiera sido preferible la expresión *separado de éste judicialmente, ante Notario o de hecho*, en lugar de *separado de éste legalmente o de hecho*.

Para PÉREZ MARTÍN⁷ no se debería proceder al archivo del procedimiento, precisamente por la eficacia que puede tener el convenio regulador ratificado.

12.2. POR RECONCILIACIÓN DE LOS CÓNYUGES.

12.2.1. La reconciliación antes de la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria.

De acuerdo con DÍAZ MARTÍNEZ⁸, la introducción de nuevos modelos de separación matrimonial no formalizada ante el juez por la LJV, exigía de manera indiscutible, una adecuación en la regulación de la reconciliación. El legislador, aprovecha esta reforma legal para añadir además un nuevo párrafo al artículo 84 del CC, señalando que *la reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente.*

Esta última reforma, nos conduce de manera inmediata a concebir la reconciliación, quizá desde un punto de vista más amplio, pero sin salirnos del parámetro jurídico de la llamada reconciliación formal, única, por otra parte que tiene plena eficacia jurídica en nuestro Derecho, esto es, la recogida en el artículo 84 del CC.

Pero antes de detenernos en la última reforma, me gustaría hacer una breve referencia a las anteriores reformas legislativas, las cuales a su vez dieron origen a sucesivas modificaciones del precepto 84 del CC, y por ende, de la reconciliación, para proceder a realizar un estudio más propiamente procesal de esta institución.

La Ley 30/1981, de 7 de julio, concebía el artículo 84 del CC así:

La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto, pero los cónyuges deberán poner aquélla en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio.

⁷ PÉREZ MARTÍN Antonio Javier. *Pactos prematrimoniales...*, op. cit., pág. 525.

⁸ DÍAZ MARTÍNEZ Ana. “Comentario al artículo 84 del CC” en *Las modificaciones al Código Civil...*, op. cit.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO

XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

Posteriormente, en el año 2005, a través de la Ley 15/2005, de 8 de julio, este artículo se modifica y queda redactado de la siguiente forma:

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.

Si nos damos cuenta, la modificación sólo tuvo lugar en el párrafo primero, manteniéndose intacto el segundo. Entiende MONTERO AROCA⁹ que esta mínima modificación no se trataba de una verdadera reforma legal, sino que se trataba de un refuerzo a lo que se ya venía haciendo. En la redacción anterior decía simplemente que los cónyuges debían poner la reconciliación en conocimiento del Juzgado pero respecto a esta norma la práctica judicial ya había entendido:

En primer lugar, la necesidad de que esa reconciliación tuviera carácter bilateral, esto es, que no fuera admisible la voluntad unilateral de uno de los cónyuges. En este sentido, el autor cita como ejemplo el AAP de Málaga (Sección 6ª) núm. 266/1999 de 20 diciembre de 1999, F.J. 2º, (AC 1999\8488).

En este supuesto, se excluyó la posibilidad de una reconciliación, después de una separación de mutuo acuerdo: “la cuestión aparece especialmente clara por cuanto el esposo jamás ha manifestado su conformidad con la reconciliación manteniendo siempre una expresa y beligerante oposición a la misma, actitud ésta abiertamente encontrada con una pretendida reconciliación que la esposa pretende sustentar en un puro formalismo, incompatible con la efectiva convivencia de los cónyuges a la que parecería venir indicada, sin que el cese efectivo de la convivencia conyugal sea

⁹ MONTERO AROCA Juan. “Comentario al artículo 84 del CC” en *Separación y divorcio...*, op. cit., pág. 85.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

incompatible con el mantenimiento o la reanudación temporal de la vida en el mismo domicilio si ello obedece a un intento de reconciliación que no debe confundirse con una reconciliación afectiva, desprendiéndose así del artículo 87 del Código Civil”.

Y, en segundo lugar, la exigencia de que la reconciliación se comunicara al Juzgado personalmente, por los cónyuges, no por el representante procesal de uno o de los dos: formalmente la comunicación podía hacerse por ese representante procesal pero se exigía la ratificación personal de los cónyuges ante el titular del órgano judicial.

En este sentido vuelve este autor a citar el AAP de Málaga (Sección 6ª) núm. 266/1999 de 20 diciembre de 1999, F.J. 1º, (AC 1999\8488),: “se exige el requisito de que los cónyuges deberán poner en conocimiento del Juez la reconciliación, lo que parece indicar una intervención muy directa y personal de los cónyuges ante el Juez, al margen de su representación procesal, y en consonancia con lo que dispone el apartado 4 de la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1981 para la separación y divorcio de común acuerdo, exigiendo la expresa ratificación por separado de ambos cónyuges ante el Juez, siendo una decisión, la de reconciliación, no menos trascendente por cuanto deja sin efecto ulterior lo acordado en el procedimiento de separación, bastando con esta manifestación al no haberse roto, a diferencia que en el divorcio, el vínculo conyugal”.

Para GUILARTE GUTIÉRREZ, esta mínima modificación servía para aclarar aún más si cabe este precepto. Según este autor, la justificación de la petición por *ambos cónyuges* radica “en evitar la irrealidad de la manifestación que pudiera ser hecha por uno sólo de los cónyuges” y, la referencia a *separadamente*, para al menos dificultar “la eventual captación de la voluntad de uno de los esposos, escasamente proclive a la reconciliación por el otro”¹⁰.

Sin embargo, como bien indican este autor y MONTERO AROCA¹¹, ya en la práctica judicial, los tribunales se anticipaban a esta nueva redacción.

¹⁰ GUILARTE GUTIÉRREZ Vicente. “Comentarios del nuevo párrafo primero del artículo 84 del Código Civil” en *Comentarios a la reforma de la separación...*, op. cit., pág. 76.

¹¹ MONTERO AROCA Juan. “Comentario al artículo 84 del CC” en *Separación y divorcio...*, op. cit., pág. 85.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO

XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Es interesante y en mi opinión, es de recibo mencionar la reflexión que GUILARTE GUTIÉRREZ¹² realiza sobre la reconciliación. Para él, esta institución posee dos vertientes: una interna y otra externa. La primera (interna) se refiere a que se trata de una actuación realizada por los cónyuges y que a ellos fundamentalmente afecta.

La segunda (externa) es la relativa a la modificación del estado civil de los cónyuges, con trascendencia respecto de terceros, pues aquéllos (los cónyuges) retornan de nuevo a la situación de casados. Es por este motivo que sea necesaria la inscripción de tal modificación en el Registro Civil y, que de forma previa se exija la previa puesta en conocimiento por el Tribunal a los efectos de que éste dicte resolución y que deberá ser comunicada de oficio al Registro Civil. Aclara que la resolución en ningún caso será decisoria sino meramente homologadora de los acordado por los esposos.

Partiendo de esta gráfica definición, este autor entiende que quizás el problema que planteaba la redacción de la Ley 30/1981 era que existía una dicotomía entre los efectos internos y externos. Respecto a estos últimos, resulta evidente que, para que la reconciliación pueda desplegar plenamente sus efectos debe ser puesta en conocimiento del Tribunal, a fin de dicte la oportuna resolución, inscribible en el Registro Civil pero, respecto de los efectos internos existían dudas en aquellos supuestos en que se trataba de acceder al divorcio a través de una previa separación.

En este sentido, cita el autor la SAP de Córdoba (Sección 3ª) núm. 193/2003 de 7 julio de 2003 (JUR 2003\218984). La cuestión a resolver en este litigio radica en determinar, si tras el procedimiento de separación por mutuo acuerdo que concluyó por sentencia de 10 de febrero de 1983, ambos cónyuges superaron la situación de quiebra matrimonial, recuperaron el afecto marital y han vivido como marido y mujer, pese a la citada sentencia de separación, desde escasos meses después de la citada fecha y hasta la presentación de la demanda de divorcio.

¹² GUILARTE GUTIÉRREZ Vicente. “Comentarios del nuevo párrafo primero del artículo 84 del Código Civil” en *Comentarios a la reforma de la separación...*, op. cit., pág. 75.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO

XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Explica en su F.J. 1º: “la respuesta que a dicha cuestión se alcanza en la sentencia anterior es negativa y ello por el entendimiento que el Juzgador de la primera instancia hace del párrafo primero del artículo 84 del CC (...). Es decir, como en el caso de autos no existió comunicación alguna al Tribunal relativa a la reanudación de la convivencia, dicho Juzgador entiende que esa convivencia posterior a la sentencia de separación no puede tener trascendencia jurídica interruptiva del transcurso del plazo necesario para integrar una causa de disolución del matrimonio por divorcio, puesto que en ningún momento la reconciliación puso fin a lo acordado en la sentencia de separación conforme a lo previsto en el art. 84 del CC.

Dicha respuesta que, en suma, parte de la base de considerar que el instituto jurídico de la reconciliación exige como requisito formal y esencial su comunicación al Juzgado, es combatida por la parte apelante, quien tras recordar que con posterioridad a la sentencia de separación ambos cónyuges pasaron a vivir juntos e incluso tuvieron otros dos hijos (...) afirma que es claro que los cónyuges quisieron reactivar su matrimonio en plenitud; razón por la cual, y como motivo principal de su recurso, se opone a la estimación que de la demanda de divorcio se hace en la sentencia apelada”.

La Audiencia resuelve: “aún cuando esa reanudación de la convivencia la decidieron los hoy contendientes sin formalidad alguna, en concreto sin ponerla en conocimiento del juez competente, sin embargo no puede obviarse que esa reanudación de la convivencia en común dura desde pocos meses después de la sentencia de separación de 1983, y que como consecuencia de dicha convivencia aún hoy mantenida en el tiempo (de hecho el actor solicita que se condene a la esposa a abandonar la vivienda), nacieron en dos distintos y distantes momentos otros dos hijos comunes, con lo cual estamos en presencia de una ineluctable realidad material que racionalmente debe de considerarse como verdadera reconciliación de “facto” que interrumpió los plazos legalmente exigidos para integrar las causas de divorcio invocadas y que dejó sin efecto lo resuelto en el precedente proceso de separación.

(...), el cese efectivo de la convivencia conyugal requiere, entre otras, dos circunstancias, como son el que desaparezca la afección marital (desaparición que en este caso mal cuadra con los dos nacimientos antes indicados) y la separación de

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

domicilios (circunstancia ésta que es ajena a los concretos presupuestos del divorcio en este caso demandado). El art. 87 hace alguna matización en cuanto a la segunda exigencia, pero su aplicación está condicionada a que se alegue y demuestre que hubo motivos para compartir la vivienda, y que sean de los contemplados en la norma (y nada de esto, según dijimos es de apreciar en este pleito).

Por todo ello, es decir, por estimarse plenamente correcta la tesis desarrollada por la parte apelante, procede revocar la sentencia impugnada y desestimar la demanda de divorcio origen de estos auto”.

12.2.2. La reconciliación tras la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria

Una vez analizadas las anteriores redacciones del artículo 84 del CC, las cuales nos han ofrecido una visión global de la institución, procedo a analizar su vigente regulación.

Como hemos venido estudiando a lo largo de este trabajo, el alcance de la LJV, ha sido significativo, especialmente en el ámbito de las separaciones y divorcios. La reconciliación de los cónyuges, no iba a ser menos, y, siendo modificada por la reforma, adquiere una amplitud, no sólo en aspectos sustantivos, sino procesales que requieren ser estudiados.

Me centraré en estos últimos, tomando como punto de partida el actual artículo 84 del CC:

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, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

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

Si nos damos cuenta, la LJV introduce los dos últimos apartados, reuniendo en el primero, lo que en las redacciones anteriores (Ley 30/1981 y Ley 15/2005) se contenía en dos párrafos.

El primer problema con el que nos encontramos al leer este precepto, es que en él no se explica qué es la reconciliación. En mi opinión, el legislador, debía haber aprovechado esta reforma para establecer una definición concreta o, al menos, una regulación más completa y ordenada a la ya existente.

Al no existir un concepto único, tanto la doctrina como la jurisprudencia se han pronunciado sobre ello, originando multitud definiciones y enfocadas desde distintos puntos de vista.

Indica BLADINO GARRIDO¹³ que, la reconciliación tal y como se concibe en el artículo 84 del CC, tiene lugar cuando se ha iniciado o incluso culminado un procedimiento judicial de separación, o cuando se ha acordado la separación ante notario. Para esta autora aparece “como un acto jurídico que da lugar al cese voluntario de la situación de separación, restableciendo la convivencia conyugal entre quienes no habían dejado de ser cónyuges”.

Añade esta autora que, en cuanto a su naturaleza jurídica, “suele catalogarse como un negocio jurídico de Derecho de familia por el que los cónyuges, libre y voluntariamente, hacen cesar la situación jurídica de separación e implantan de nuevo una comunidad de existencia”.

Ya vimos que tras la reforma operada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, han desaparecido las dudas que podían existir en torno al carácter unilateral o bilateral de la

¹³ BLANDINO GARRIDO María Amalia. “La reconciliación conyugal: reflexiones tras la reforma operada por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”. *Actualidad Jurídica Iberoamericana*. Nº 3, diciembre 2015, pág. 35.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO

XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

reconciliación. No sólo porque, como bien indica RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN¹⁴ la reconciliación, igual que sucede con la separación y la continuación o no del matrimonio, se tratan de decisiones personales que corresponden adoptar de manera libre a uno y otro cónyuge, sino porque a raíz de esta Ley, desapareció la idea de separación y divorcio como sanción del cónyuge culpable de la crisis.

Suprimida la separación causal fundada en la culpa de uno de los cónyuges, la reconciliación sólo puede concebirse como un negocio jurídico bilateral, que presupone el acuerdo de ambos cónyuges, por el que deciden reanudar, libre y voluntariamente la vida en común; la comunidad plena que representa el matrimonio¹⁵.

Veremos más adelante que la reconciliación despliega efectos tanto en el ámbito personal como patrimonial y algunos de ellos con relevancia frente a terceros. Sí que me atrevo a decir, de manera anticipada, que con la reconciliación, se produce el restablecimiento de los deberes conyugales que, o bien habían desaparecido, o bien se habían modificado con el inicio del proceso de separación o divorcio.

Aún siendo la reconciliación, una decisión estrictamente personal, para que ésta surta efectos, se exige que sea puesta en conocimiento por ambos cónyuges al juez que entienda o haya entendido del litigio.

Se ha discutido si esta comunicación constituye un requisito *ad substantiam*, esencial para que la reconciliación produzca efectos entre los cónyuges o frente a terceros, o si sólo se configura legalmente como requisito *ad probationem*, lo que permitiría que la reconciliación no notificada desplegara sus efectos cuando fuese debidamente probada.

La jurisprudencia se ha mostrado dividida:

Existe la denominada corriente formalista, que sostiene que la comunicación al Juzgado tiene carácter constitutivo de la reconciliación. Defienden que la reanudación

¹⁴ Opinión que comparto con RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN Julia (“La reconciliación conyugal y sus efectos”. *Aranzadi Civil- Mercantil. Revista Doctrinal*. Nº 7, noviembre 2012, pág. 116).

¹⁵ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN Julia. “La reconciliación conyugal...”, op., cit., pág. 116.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO

XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

de la convivencia sin la notificación al juzgado, no sólo no tiene efectos frente a terceros, sino tampoco entre los propios cónyuges, de manera que persisten con plena vigencia la totalidad de las medidas acordadas en la sentencia de separación, incluyendo pensiones compensatorias o alimenticias. Por tanto, para este corriente, la comunicación al Juzgado constituye un requisito de forma esencial de la reconciliación [SAP de Valencia (Sección 8ª) núm. 120/2007 de 5 de marzo de 2007, F.J. 3º, (JUR 2007\273900); AAP de Madrid (Sección 22ª) de 24 de septiembre de 1999, F.J. 3º, (JUR 1999\7800); AAP de Barcelona de 15 de mayo de 1998, F.J. 2º, (AC 1998\1092)]

La corriente contraria, propugna que la comunicación tiene un carácter formal, para poder ordenar posteriormente la nota marginal en el Registro Civil y así afectar a terceros, pero no impide reconocer la existencia de una reconciliación de forma tácita o privada, cuando se deduzca de actos concluyentes y mantenidos en el tiempo. La reconciliación se encontraría limitada al ámbito de las relaciones entre los cónyuges; pero con todas sus consecuencias, ya que desaparecerían las medidas de abonar pensión compensatoria o prestaciones alimenticias, pues se supone que ya se están dando voluntariamente y por mutuo acuerdo de la pareja.

En definitiva, esta corriente considera la comunicación, como un requisito meramente formal en lo que atañe a las relaciones personales de los cónyuges, y su omisión sólo la pueden invocar los terceros ajenos a los esposos, a los que deberá protegerse en su buena fe [Ss. de la AP de Salamanca (Sección 1ª) núm. 295/2006 de 19 de junio de 2006, F.J. 4º, (JUR 2006\270412) y de la AP de Córdoba (Sección 2ª) núm. 124/2002 de 10 de mayo de 2002, F.J. 2º, (JUR 2002\187826); AAP de Navarra (Sección 1ª) núm. 43/2000 de 19 de mayo de 2000, F.J. 3º, (AC 2000\1068) y AAP de Alicante (Sección 4ª) núm. 190/1996 de 8 de mayo de 1996, F.J. Único (AC 1996\1009)].

Coincido con RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN¹⁶ en que el juez es un mero receptor de la comunicación de los cónyuges y efectúa, a través de la resolución correspondiente (auto), el simple reconocimiento de una reconciliación que ya se ha producido con

¹⁶ RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN Julia. “La reconciliación conyugal...”, op. cit., pág. 128.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

anterioridad. En ningún caso, el juez está para aprobar o denegar la reconciliación, pues, ya dije con anterioridad, la reconciliación se trata de una decisión personal que requiere del acuerdo de ambos cónyuges, puesto que son los únicos que pueden decidir, de manera libre y voluntaria la reanudación de la vida en común.

No obstante, en mi opinión, la expresión *deberán ponerlo en conocimiento del juez*, es clara, pues de manera imperativa, obliga a los cónyuges a comunicar su reconciliación para que ésta pueda producir dos efectos: por un lado, la exclusión del efecto de cosa juzgada de la anterior sentencia de separación, y, por otro lado, el acceso al Registro Civil para que pueda ser conocida por terceros, puesto que esta inscripción sólo puede llevarse a cabo mediante resolución judicial, no pudiéndose admitir la mera petición de los cónyuges.

Por último, y no por ello menos importante, la comunicación constituye un requisito indispensable en relación con los hijos, ya que los progenitores reconciliados, no pueden, por sí solos, dejar sin efecto las medidas acordadas, correspondiendo al juez, su mantenimiento o modificación, tal y como prevé el párrafo segundo de este artículo 84 del CC¹⁷.

Una vez estudiados los aspectos sustantivos, vamos a centrarnos ahora en los aspectos procesales, tomando como punto de partida el párrafo primero del artículo 84 del CC: *ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio*.

La expresión *ambos cónyuges* viene a indicarnos que sólo éstos tienen legitimación para comunicar la reconciliación al juez, por lo que se descarta que puedan instarla tanto los hijos como cualquier otra persona.

Por otro lado, el único juzgado competente para conocer de la petición de reconciliación es el Juzgado de Primera Instancia o, en su caso, el Juzgado de Familia *que entienda o haya entendido en el litigio*.

¹⁷ PÉREZ MARTÍN Antonio-Javier. *Pactos prematrimoniales...*, op. cit., pág. 597.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Explica PÉREZ MARTÍN¹⁸, que la notificación de la reconciliación, puede efectuarse de dos formas:

1) Que se personen ambos cónyuges en el juzgado que conoce o conoció de la separación y mediante una comparecencia, notificar al juez la reconciliación.

2) Dirigir un escrito al juez, a través los procuradores personados en autos, pero he de matizar que para el caso de separación de mutuo acuerdo tenemos que hablar “del procurador”, porque recordemos que para estos supuestos solo hay una única defensa y representación (*vid. IV. Intervención de abogado y procurador*).

Ya vimos que, con anterioridad a la reforma del 2005, el artículo 84 únicamente hacía mención a que la comunicación de la reconciliación debía efectuarse por *los cónyuges*, sin especificar si ésta había de realizarse por uno de los cónyuges o por ambos como aparece en la redacción vigente.

Para ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN¹⁹ nada impedía que la reconciliación fuera comunicada por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, pudiendo aplicarse por analogía el artículo 777 de la LEC, en lo que respecta a la exposición de la solicitud de separación o divorcio con el consentimiento del otro.

Tal y como aparece redactado el vigente artículo 84 del CC, parece que exista la obligación de que la reconciliación sea notificada por *ambos cónyuges* sin que quepa otra posibilidad. Sin embargo, en mi opinión, nada obsta para que ésta pueda ser comunicada por uno de los cónyuges con el consentimiento del otro, y en concordancia con lo manifestado por ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN, que pueda aplicarse por analogía el artículo 777 de la LEC.

El CC tampoco exige que los cónyuges tengan que alegar alguna causa o motivo por el que hayan decidido reconciliarse. Por tanto, si equiparamos la reconciliación a la separación y al divorcio de mutuo acuerdo, para comunicar la reconciliación al juzgado,

¹⁸ PÉREZ MARTÍN Antonio-Javier. *Pactos prematrimoniales...*, op. cit., pág. 597

¹⁹ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN Pedro. “Reconciliación de los cónyuges”. *Revista de Derecho Familia. El Derecho*. 2001. Formato digital.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

bastará con presentar un escrito alegando este deseo, sin especificar la causa o motivo que condujo a adoptar esta decisión personal y pudiéndose efectuar peticiones complementarias señalando que se dejen sin efecto las medidas pidiendo los mandamientos que sean necesarios para ello²⁰.

El artículo 206.1.1º de la LEC establece que *se dictará providencia cuando la resolución se refiera a cuestiones procesales que requieran una decisión judicial*. En este sentido, una vez notificada la reconciliación, el juez dictará providencia, comunicando su recepción y emplazando a los cónyuges para que se ratifiquen.

Ahora bien, mención especial tiene la notificación de la reconciliación una vez dictada sentencia firme de separación. Veremos más adelante que, en este caso, no estamos ante una terminación anormal del proceso (arts. 19 y ss. de la LEC), sino ante una solicitud de modificación de sentencia firme. Siendo esto así, la notificación de la reconciliación, una vez dictada sentencia firme de separación, se asemeja más a la presentación de una demanda. Por tanto, de acuerdo con los artículos 206.2.2 y 404 de la LEC, la admisión de la reconciliación revestirá la forma de auto²¹.

Otra cuestión que tiene especial interés es la ratificación de los cónyuges. Si observamos el artículo 84 del CC únicamente nos indica que la notificación de la reconciliación al Juzgado ha de realizarse por ambos cónyuges separadamente, pero no hace alusión alguna a la forma en que se ha de llevar a cabo la ratificación. Dada la importancia que tiene la voluntad de las partes en la reconciliación, y por la semejanza de su tramitación con la de la separación consensual, lo coherente será acudir, por analogía, a las reglas contenidas en el artículo 777 de la LEC.

²⁰ PÉREZ MARTÍN Antonio Javier. *Pactos prematrimoniales...*, op. cit., pág. 600.

²¹ Así lo prevé ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN Pedro (“Reconciliación...”, op. cit.): “responde este criterio, dentro de la sistemática de la LEC 1/2000, al control de la jurisdicción y competencia que debe llevar a cabo de oficio el tribunal, control que debe resolverse acudiendo a la forma de auto (al respecto, arts. 48, 58 y 62 LEC)”.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Debemos recordar el apartado tercero del artículo 777 de la LEC: *admitida la solicitud de separación o divorcio, el Secretario judicial citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición.*

La reforma del artículo 84 del CC, operada por la Ley 15/2005, vino a introducir la exigencia de que la notificación de la reconciliación al juzgado se hiciera por ambos cónyuges *separadamente*. Es precisamente este requisito *separadamente*, el que puede conducirnos a la idea de que el legislador, lo que pretende, es reforzar la consideración de la reconciliación como acto personalísimo, esto es, que cada uno de los cónyuges exprese ante el juez, su voluntad de reconciliarse de forma libre y sin presiones²².

Por tanto, si aplicamos por analogía la regla contenida en el párrafo tercero del artículo 777 de la LEC, la ratificación ha de realizarse por separado. Al igual que sucede con la notificación de la reconciliación, lo que se pretende es que los cónyuges puedan manifestar ante el juez su voluntad de reconciliarse sin influencias.

La ratificación de la reconciliación plantea la misma cuestión que la ratificación en la separación o divorcio consensual ¿debe realizarse personalmente por los cónyuges o puede efectuarse por apoderado con poder especial?

Para responder a esta pregunta, nos remitimos a lo ya manifestado en este trabajo sobre la forma de llevar a cabo la ratificación del convenio (*vid. IV. Ratificación del convenio*).

Por otro lado, no debemos olvidarnos de la intervención del Ministerio Fiscal. A efectos de reconciliación, se aplicaría lo previsto en el párrafo segundo del artículo 749 de la LEC, en el que se nos dice que será preceptiva su intervención *siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal*.

²² GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo (“Los modos anormales de terminación del proceso matrimonial o de menores” en *Los procesos de familia...*, op. cit., pág. 742) avanza un paso más en el pensamiento del legislador: “quizá teniendo en el pensamiento las posibles reconciliaciones que, en el ámbito de la violencia del género, el cónyuge maltratador pueda imponer al cónyuge víctima, con fines inconfesables, en un contexto de relaciones personales viciadas por la dominación y temor que aquél ejerce sobre ésta”.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

No debe existir duda alguna sobre la participación del Ministerio Fiscal con respecto a la reconciliación solicitada por los cónyuges. El párrafo segundo del artículo 749 de la LEC guarda relación con el artículo 84 del CC, precepto que indica que la reconciliación debe suponer el mantenimiento o la modificación de las medidas adoptadas en relación con los hijos y, por lo que respecta a la modificación de medidas, ya vimos que el artículo 775 de la LEC, nos remitía al artículo 777 de la LEC cuando ésta sea solicitada por ambos cónyuges de común acuerdo.

Ya tuvimos ocasión de estudiar de manera pormenorizada el alcance de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos matrimoniales consensuales (*vid. 5.2.2. Alcance de la intervención del Ministerio Fiscal*).

Decíamos que el párrafo quinto del artículo 777 de la LEC señala que se recabará informe del Ministerio Fiscal sobre los términos del convenio relativos a los hijos si hubiere hijos menores o con capacidad modificada judicialmente y explicamos el debate que existía en torno a la interpretación de este artículo, esto es, si el Ministerio Fiscal podía actuar como parte plena o como parte informante.

Pues, en relación con la reconciliación, parece que lo más coherente y de acuerdo con los artículos anteriormente mencionados, es que el Ministerio Fiscal actúe como parte plena siempre que concurren hijos menores o con capacidad modificada judicialmente.

Por su especial y particular naturaleza jurídica, la reconciliación ha sido estudiada desde diferentes puntos de vista. Concretamente por la doctrina procesal, la cual en su intento de comprender mejor esta figura civil, ha sido equiparada a diferentes instituciones procesales:

Señala GONZÁLEZ DEL POZO²³ que, desde un punto de vista procesal, la reconciliación (siempre que sea expresa) en cuanto “extingue la acción de separación o divorcio, es un modo anormal de terminación del proceso, específico en los procesos de

²³ GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo. “Los modos anormales de terminación del proceso matrimonial o de menores” en *Los procesos de familia...*, op. cit., pág. 740.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

separación y divorcio, que pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo en él resuelto”.

Sobre la base de que la reconciliación es un acto bilateral, BARONA VILAR²⁴ sostiene que la reconciliación, se trata de una figura semejante a la transacción extrajudicial, porque permite poner fin al proceso pendiente sin pronunciamiento sobre la separación.

En cambio, SIERRA GIL DE LA CUESTA²⁵ entiende que la reconciliación anterior a la sentencia supone un desistimiento.

En mi opinión, la idea de aproximar la reconciliación a otras figuras procesales afines como la transacción extrajudicial o el desistimiento resulta acertada. Sin embargo, debemos hacer los matices oportunos distinguiendo varios momentos procesales:

a) Reconciliación estando en trámite el proceso de separación.

Sostiene GONZÁLEZ DEL POZO²⁶ que la reconciliación en este punto, constituye un modo de terminación anormal del proceso de separación.

De forma más precisa, ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN²⁷, explica que en este supuesto, la reconciliación debe ser asimilada procesalmente a la transacción pero no extrajudicial como sostiene BARONA VILAR, sino judicial.

Este autor parte de que el artículo 19.2 de la LEC exige la homologación por el tribunal que esté conociendo del litigio cuando las partes pretendieran la transacción judicial, transacción que tendrá como consecuencia poner fin al litigio. La similitud de

²⁴ BARONA VILAR Silvia. “Comentario al artículo 84 del CC” en *Los procesos matrimoniales...*, op. cit., pág. 256.

²⁵ SIERRA GIL DE LA CUESTA Ignacio. “Matrimonio y crisis: separación, divorcio y nulidad” en *Tratado de Derecho de Familia...*, op. cit., pág. 92.

²⁶ GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo. “Los modos anormales de terminación del proceso matrimonial o de menores” en *Los procesos de familia...*, op.cit., pág. 740.

²⁷ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN Pedro. “Reconciliación...”, op. cit.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

la reconciliación con esta figura procesal radica en que los cónyuges comunican al juez su deseo de poner fin a la crisis conyugal y reanudar la comunidad de vida matrimonial²⁸, de tal forma que éste se convierte en partícipe de su situación, “homologando” su acuerdo y dando por terminado el proceso de separación.

Añade, que este artículo deberá ser complementado con el artículo 206.2.2º de la LEC que prevé la forma de auto para la resolución que suponga la aprobación judicial de transacciones y convenios.

Como consecuencia de esta finalización del proceso, se dejarán sin efecto las medidas provisionales previas o coetáneas adoptadas en el seno del proceso, aunque el juez podrá mantener o modificar las medidas en relación con los hijos cuando exista justa causa que lo justifique²⁹.

A colación con este punto, en el caso de que existieran hijos menores de edad o con capacidad modificada judicialmente, por aplicación directa del artículo 749 de la LEC y análoga del artículo 777.5 de la LEC, se recabará informe del Ministerio Fiscal y se oirá a los menores si tuvieran suficiente juicio³⁰.

Señalar también que, con respecto al régimen económico matrimonial, será el mismo que tenían los cónyuges al iniciar la solicitud de separación, si con posterioridad no han otorgado capitulaciones matrimoniales.

b) Reconciliación siendo firme la sentencia de separación.

En este caso, la reconciliación constituye un modo extraordinario de rescisión de una sentencia firme, porque queda sin efecto ulterior todo lo acordado en ella, tanto el

²⁸Define BLADINO GARRIDO María Amalia (“La reconciliación conyugal...”, op., cit., pág. 35) la reconciliación de la siguiente forma: “en sentido amplio, la reconciliación es la reanudación de la comunidad de vida matrimonial decidida por unos cónyuges que la habían interrumpido”.

²⁹ GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo. “Los modos anormales de terminación del proceso matrimonial o de menores” en *Los procesos de familia...*, op.cit., pág. 740.

³⁰ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN Pedro. “Reconciliación...”, op. cit.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

pronunciamiento principal de separación, como las medidas, salvo lo dispuesto en el artículo 84.2 de la CC³¹.

Señala ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN³² que no se produce una resurrección del régimen jurídico del matrimonio, que en diversos aspectos ya no existe, sino la modificación del régimen del matrimonio separado y la cancelación de dicha separación con la reanudación de la vida en común.

Siguiendo con esta idea, y desde el punto de vista procesal, este autor entiende que la reconciliación de los cónyuges, existiendo una sentencia firme de separación entre los mismos, equivale a una modificación de medidas que, al ser de común acuerdo, y en virtud del artículo 775 de la LEC, deberá seguir los trámites del procedimiento de mutuo acuerdo regulado en el artículo 777 de la LEC.

Recordemos que este artículo prevé que el tribunal dictará sentencia concediendo o denegando lo acordado por los cónyuges y que el tribunal resolverá mediante auto, aquellas cuestiones que originariamente no hubieran sido aprobados por el tribunal, previa audiencia de las partes al respecto (art. 777.7 de la LEC).

Por tanto, y de acuerdo con este autor, si la modificación de medidas se resuelve mediante sentencia, siguiendo esta misma lógica, la reconciliación posterior a la sentencia de separación requerirá de nueva sentencia. Además, de acuerdo con el artículo 755 de la LEC, dicha resolución deberá comunicarse de oficio al Registro Civil para la práctica del correspondiente asiento.

Hay que señalar que la reconciliación, tras la sentencia firme de separación, produce una serie de efectos a tener en cuenta:

³¹ GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo. “Los modos anormales de terminación del proceso matrimonial o de menores” en *Los procesos de familia...*, op.cit., pág. 740.

³² ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN Pedro. “Reconciliación...”, op. cit.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO

XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Los cónyuges, tienen que cumplir todas las obligaciones y deberes de los artículos 66, 67 y 68 del CC, naciendo nuevamente la presunción de convivencia del artículo 69 del CC³³.

Asimismo, la separación no modifica las obligaciones de los padres con los hijos. Ahora bien, sí que se produce una adaptación de aquéllas medidas que requerían *el deber de tener a los hijos en su compañía*, es decir guarda y custodia y régimen de visitas, pues hay que volver a su estado original. De idéntica forma, cesa el deber de prestar alimentos mediante el abono de una pensión.

En relación con estas medidas, ha de prevalecer el interés superior de los hijos, de ahí que el párrafo segundo del artículo 84 del CC nos diga que el juez podrá, mediante resolución judicial, mantener o modificar estas medidas cuando exista causa que lo justifique.

Además, la reconciliación es compatible con la existencia de un convenio regulador, acuerdo que recoge todas las medidas tendentes a regular las relaciones paterno-filiales³⁴. Como bien sabemos, dicho convenio no está exento de control judicial.

Por último, y en relación con esta cuestión, por aplicación directa del artículo 749 de la LEC y análoga del artículo 777.5 de la LEC, deberá recabarse información del Ministerio Fiscal y se oír a los menores si tuvieran suficiente juicio.

Con respecto al régimen económico matrimonial, la LJV también renueva la redacción del artículo 1392 del CC, con el objetivo de producirse una máxima

³³ PÉREZ MARTÍN Antonio Javier. *Pactos prematrimoniales...*, op. cit., pág. 603.

³⁴ En palabras de ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN Pedro (“Reconciliación...”, op. cit.): “nada impide que la reconciliación de los cónyuges lleve aparejada convenio entre los mismos sobre la forma de llevar a cabo el ejercicio de la patria potestad. Esta facultad de disposición se reconoce para los procesos de separación o divorcio de común acuerdo (art. 90 CC), por lo que no hay razones para negarlo o entenderla incompatible con la reconciliación. En último extremo, el artículo 156 CC prevé que la patria potestad se ejercite conjuntamente por ambos cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento expreso o tácito del otro. En cualquier caso, dicho convenio no estaría exento del correspondiente control judicial”.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

adaptación a las nuevas formas de separación matrimonial: *la sociedad de gananciales concluirá de pleno derecho cuando se acuerde la separación legal de los cónyuges.*

Aunque el cambio de *separación judicial a separación legal*, parezca mínimo, resulta significativo, pues ésta última redacción, viene a recoger todo tipo de separaciones, de manera que la extinción de la sociedad de gananciales se producirá, bien tras una sentencia firme de separación, bien tras un decreto o escritura pública notarial. Este efecto extintivo se extiende también al régimen de participación (art. 1415 del CC).

Por otro lado, el artículo 1443 del CC establece que *la separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges*. Es decir, si la reconciliación tuviese lugar tras la sentencia firme de separación, ésta no influirá en el régimen económico en el sentido de restaurar el que existiera antes de dicha sentencia. Para conseguir este efecto, tal y como prevé el artículo 1444 del CC, los cónyuges tendrán que acordar capitulaciones matrimoniales para que vuelvan a regir las mismas reglas que antes de la separación de bienes.

Por tanto, sólo unas nuevas capitulaciones matrimoniales formalizadas en escritura pública (art. 1327 del CC) harán, que en el matrimonio reconciliado vuelva a ser de aplicación el régimen de gananciales o participación.

En cuanto al derecho sucesorio, la reconciliación produce la recuperación del derecho a ser llamado a la herencia de acuerdo con el artículo 944 del CC, ya que el artículo 945 CC impide el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho. A colación con este punto, la separación puede constituir justa causa para desheredar al cónyuge, al amparo del artículo 855 del CC³⁵. Ahora bien, la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha.

³⁵ El artículo 855 del CC enumera las causas que pueden dar lugar a la desheredación del cónyuge:

1ª. *Haber incumplido grave o reiteradamente los deberes conyugales.*

2ª. *Las que dan lugar a la pérdida de la patria potestad, conforme al artículo 170.*

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Mención especial merecen los derechos del cónyuge viudo ya que se verán afectados por la reconciliación. Decíamos en el apartado anterior que los derechos que reconoce el artículo 834 del CC se encuentran condicionados a que no se encuentren separados los cónyuges al momento del fallecimiento de uno de ellos, pero si se diera esta circunstancia no existiría obstáculo alguno para que el cónyuge superviviente recupere estos derechos, tal y como indica el artículo 835 del CC: *si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos.*

Debemos recordar que este artículo 835 del CC resultó modificado por la Ley 15/2005, de 8 de julio, el cual tenía dos párrafos, fruto de la modificación operada a su vez por la Ley de 24 de abril de 1958. Estos párrafos venían a decir, por un lado, que *cuando estuvieren los cónyuges separados en virtud de demanda, se esperará el resultado del pleito* (párrafo primero) y por otro lado, *si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos.*

Como bien indica RAGEL SÁNCHEZ³⁶, el art. 834 del CC³⁷, en su versión anterior a la Ley 15/2005, supeditaba la existencia de la legítima del viudo a que estuviere separado *por culpa del difunto*, por lo que era necesario continuar con el procedimiento, para que el juez decidiera si la causa de separación era imputable únicamente al cónyuge fallecido.

Tras la LJV, la adquisición de la legítima sólo se produce cuando el viudo no está separado legalmente o de hecho del causante en el momento del fallecimiento de

3º. *Haber negado alimentos a los hijos o al otro cónyuge.*

4º *Haber atentado contra la vida del cónyuge testador, si no hubiere mediado reconciliación.*

³⁶ RAGEL SÁNCHEZ Luis Felipe. “Comentario al artículo 835 del CC” en *Las modificaciones al Código Civil...*, op. cit.

³⁷ Recordemos la redacción del artículo 834 del CC anterior a la reforma efectuada por la Ley 15/2005, de 8 de julio: *el cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora.*

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

éste, sin estar supeditada esta situación a que la sentencia de separación declarase que la ruptura conyugal se había producido por culpa del fallecido.

Si observamos el párrafo segundo hacía alusión a la *reconciliación* y al *perdón*, siendo ésta última figura distinta y cuya mención ha sido eliminada del precepto actualmente en vigor. Para RAGEL SÁNCHEZ, la razón de esta eliminación puede deberse a que, al haberse suprimido legalmente la necesidad de esgrimir una de las causas tipificadas de separación o divorcio, carece de relevancia que uno de los cónyuges haya perdonado al otro sus incumplimientos conyugales.

c) Reconciliación estando en trámite el proceso de divorcio.

Al igual que sucede con el supuesto de reconciliación estando en trámite el proceso de separación, constituye un modo anormal de terminación del proceso de divorcio.

De manera más concreta, señala ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN³⁸ que esta situación debe ser asimilada a procesalmente a una transacción judicial. Ha de recordarse que en virtud del artículo 19.2 de la LEC, la transacción exige una homologación por el tribunal que está conociendo del litigio y que este artículo debe ser completado con el artículo 206.2.2º de la LEC en el que se prevé la forma de auto para la resolución que suponga la aprobación judicial de transacciones y convenios.

Otro efecto que produce la reconciliación en este caso, es la extinción de la acción de divorcio. El artículo 88 del CC nos dice 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.*

Este precepto no nos dice nada nuevo con respecto al artículo 84 del CC, artículo relativo a la separación. Ahora bien, en este caso, se nos dice claramente que la reconciliación *deberá ser expresa*, con la intención de recalcar, en mi opinión, que ésta es la única forma válida posible, pues la reconciliación tácita sólo tendrá efectos entre los cónyuges.

³⁸ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN Pedro. “Reconciliación...”, op. cit.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Asimismo, este artículo nos indica que la extinción de la acción de divorcio se producirá *después de interpuesta la demanda*. Tal y como aparece redactado el precepto, en principio podemos pensar que esta extinción únicamente tendrá lugar en los supuestos de divorcio contencioso pero esta situación es perfectamente extrapolable a los divorcios consensuales, es decir, la extinción de la acción de divorcio podrá producirse una vez presentado el escrito por el que promueva el procedimiento de divorcio de mutuo acuerdo por ambos cónyuges o por uno ellos con el consentimiento del otro (art. 777 de la LEC).

Por último, debemos matizar que la extinción de la acción de divorcio, no impide que vuelva a plantearse con posterioridad, una nueva demanda o escrito a través del cual se inicie un nuevo proceso de divorcio³⁹.

Por otro lado, se dejarán sin efecto las medidas provisionales previas o coetáneas adoptadas en el seno del proceso, aunque el juez podrá mantener o modificar las medidas en relación con los hijos cuando exista justa causa que lo justifique⁴⁰.

En relación con este último punto, en el caso de que existieran hijos menores de edad o con capacidad modificada judicialmente, por aplicación directa del artículo 749 de la LEC y análoga del artículo 777.5 de la LEC, se recabará informe del Ministerio Fiscal y se oír a los menores si tuvieran suficiente juicio⁴¹.

d) Reconciliación siendo firme la sentencia de divorcio.

Debemos partir del párrafo segundo del artículo 88 del CC, el cual nos dice que *la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio*.

³⁹ Recordemos que una de las novedades introducidas por la Ley 15/2005 fue la supresión de las causas de separación y divorcio. Pues bien, con anterioridad a esta reforma, la extinción de la acción de divorcio, no impedía que se pudiera plantear una nueva demanda de divorcio al amparo de las causas previstas en el artículo 86 del CC, pero era necesario que se hiciera constar una causa nueva y distinta a la que se alegó en el “primer” proceso de divorcio.

⁴⁰ GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo. “Los modos anormales de terminación del proceso matrimonial o de menores” en *Los procesos de familia...*, op.cit., pág. 740.

⁴¹ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN Pedro. “Reconciliación...”, op. cit.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO

XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Como podemos observar, este artículo nos indica de manera rotunda que *la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales*. Esta expresión goza de sentido, pues la sentencia de divorcio produce la disolución del matrimonio. Un matrimonio disuelto es, en otras palabras, “como si no existiese”, por lo que la reconciliación no puede suponer una modificación sobre lo que ya no existe.

Sin embargo, añade este artículo que *los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio*. Por tanto, la unión de los cónyuges, el retorno a la “comunidad de vida matrimonial” sólo podría llevarse a cabo a través de un nuevo matrimonio y no a través de la reconciliación.

A pesar de que el divorcio produce la disolución matrimonial, y por tanto, el matrimonio deja de existir, se producen en cambio otras consecuencias que hay que tener en cuenta y sobre las que sí puede tener incidencia la reconciliación:

El mantenimiento de la pensión compensatoria, no está en función del estado civil de los cónyuges, sino de que produzca un desequilibrio económico creado por la separación o divorcio (art. 97 del CC). De ahí que el artículo 101 CC diga que el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó.

Pues bien, si partimos de este último precepto, podemos llegar a la idea de que la reconciliación de los cónyuges divorciados, a pesar de que no suponga el retorno del matrimonio, sí podría hacer renacer la convivencia que existía antes del matrimonio, lo que supondría, en definitiva una extinción del derecho a la pensión compensatoria.

Otras consecuencias que podrían derivarse si se produjera la reconciliación posterior al divorcio, serían por ejemplo, el renacimiento de la presunción de paternidad del artículo 116 del CC⁴² o la desaparición de la justa causa de desheredación del artículo 856 del CC⁴³.

⁴² Artículo 116 del CC: *se presumen hijos del marido los nacidos después de la celebración del matrimonio y antes de los trescientos días siguientes a su disolución o a la separación legal o de hecho de los cónyuges*.

⁴³ Artículo 856 del CC: *la reconciliación posterior del ofensor y del ofendido priva a éste del derecho de desheredar, y deja sin efecto la desheredación ya hecha*.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Pero como bien indica ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN⁴⁴, tanto estas consecuencias, como otras de la misma naturaleza, no son las que se producirían por la reconciliación de una pareja divorciada, sino las propias de una convivencia de pareja⁴⁵.

Como decía al principio de este apartado, si el alcance de la reforma de la LJV ha sido revelador no sólo para el estudio de distintas instituciones sustantivas sino también procesales, también ha afectado de manera significativa a los procesos matrimoniales consensuales. La introducción de nuevas formas de separación o divorcio, trae consigo la curiosidad de un análisis más amplio de estas dos figuras, y de manera casi inmediata, de la reconciliación, institución que como hemos visto se encuentra íntimamente relacionada con ellas.

La LJV añade dos nuevos párrafos al artículo 84 del CC:

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.

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

Si nos damos cuenta, la redacción del nuevo párrafo primero guarda cierta similitud con la nueva redacción del 90.3 *in fine* del CC cuando nos dice que *las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos*

⁴⁴ ÁLVAREZ SÁNCHEZ DE MOVELLÁN Pedro. “Reconciliación...”, op. cit.

⁴⁵ Para PÉREZ MARTÍN Antonio Javier (*Pactos prematrimoniales...* op. cit., pág. 605) “en teoría, todas las medidas personales entre los cónyuges-pensión compensatoria-y las paterno-filiales, deberían seguir vigentes, ya que la reanudación de la convivencia entre dos ex cónyuges que ya se encuentran divorciados es equiparable a una unión de hecho o extramatrimonial; sin embargo, a pesar de que se ponga de manifiesto la incongruencia del mantenimiento de un régimen de visitas para el progenitor no custodio cuando todos conviven en el mismo domicilio, o la circunstancia de que un cónyuge tenga que abonar a otro la pensión compensatoria, lo cierto es que, salvo que pacten un régimen económico matrimonial entre los convivientes, en algunas ocasiones estará justificado el mantenimiento, aunque sólo sea formalmente, de las medidas que con anterioridad se adoptaron”.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

en este Código; y con la nueva redacción del artículo 777.10 in fine de la LEC cuando nos indica que la modificación del convenio regulador formalizada por el Secretario judicial se sustanciará conforme a lo dispuesto en este artículo cuando concurren los requisitos necesarios para ello.

Si recordamos, una de las dudas que plantea la redacción de estos preceptos (*vid. 11.1.3 La posible modificación notarial o judicial del convenio*) es si sólo es posible incoar un proceso de modificación de medidas ante el notario o LAJ si previamente se hubiera formalizado la separación o el divorcio ante estos operadores jurídicos, o si por el contrario, podrían modificarse las medidas acordadas indistintamente ante al juez, LAJ o notario en función de los intereses de los ex cónyuges, con independencia de quien hubiera formalizado previamente la separación o el divorcio.

Para estos supuestos decía que resulta inadmisibile que se prive a los cónyuges de la posibilidad de acudir a los tribunales para instar la modificación de medidas, porque quedaría en entredicho el derecho a la tutela judicial efectiva.

Con el fin de evitar interpretaciones erróneas a causa de la falta de previsión del legislador, ofrecía como solución estudiar tanto los artículos reformados como los no reformados por la LJV de manera global, de tal manera que el cónyuge no pueda de forma alguna verse limitado en su derechos y, en consecuencia, pudiera optar por uno u otro operador jurídico, tanto en el momento de llevar a cabo su separación o divorcio, como en el momento de la modificación de las medidas acordadas en ellos, sin tener que estar condicionado a seguir el mismo trámite procedimental que el previsto para el anterior proceso matrimonial.

Sin embargo, esta solución no es válida para la reconciliación. Señala GONZÁLEZ DEL POZO⁴⁶, que el artículo 84 del CC establece dos itinerarios diferentes, sin contacto o intersección alguna entre ellos, para obtener la reconciliación, en función del órgano competente y del procedimiento seguido para la separación:

⁴⁶ GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo. “Examen de las reformas introducidas por la Ley 15/2015, de 2 de julio, en el Código Civil en materia de separación, divorcio y efectos comunes (Parte II)”. *Revista de Derecho de Familia*. Nº 34, 2015. Formato digital.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

quienes se separan judicialmente de forma contenciosa deben reconciliarse ante el juez y quienes se separan legalmente de mutuo acuerdo, sin intervención judicial, han de reconciliarse de igual modo, sin intervención judicial.

Si atendemos a la redacción del párrafo segundo del artículo 84, queda vedada a los cónyuges que se hayan separado legalmente, sin intervención judicial, la posibilidad de reconciliarse judicialmente poniéndolo en conocimiento del juez.

La razón, es que este párrafo guarda una cierta coherencia con lo dispuesto en el párrafo primero del citado precepto, ya que, al haberse producido la separación sin intervención judicial, los cónyuges no pueden poner la reconciliación en conocimiento del juez que *entienda o haya entendido en el litigio* (de separación), pues, por definición, ningún juez habrá conocido de la separación afectada por la posterior reconciliación.

Coincido con este autor en que esta prohibición carece de justificación razonable. A mi juicio, resulta incomprensible por qué para la reconciliación matrimonial de un proceso judicial de separación basta con que ambos cónyuges lo pongan en conocimiento del juez (art. 84.1 del CC) y, sin embargo, no sea suficiente esa misma comunicación al Juzgado, cuando la separación fuera acordada por LAJ o Notario.

No obstante, esta crítica ya fue realizada en su momento por el CGPJ en su Informe al Anteproyecto de LJV de 27 de febrero de 2014 (punto nº 378): “la reconciliación de las partes en sede judicial no requiere una nueva intervención por parte del Juez, sino simplemente una mera puesta en su conocimiento del hecho. No se entiende por qué una comunicación similar no podría bastar en el caso de la separación acordada notarialmente”.

Debemos recordar una vez más que la LJV, nació con el objetivo de ofrecer a los ciudadanos (y, en nuestro caso, a los cónyuges), *medios efectivos y sencillos, que faciliten la obtención de determinados efectos jurídicos de una forma pronta y con respeto de todos los derechos e intereses implicados.*

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Si se restringe la posibilidad de acudir a la vía judicial sólo para aquéllos supuestos en que un juez previamente decretara separación o divorcio, se está produciendo el efecto contrario a lo pretendido por esta Ley, esto es, discriminación y limitación de derechos e intereses.

En mi opinión, si se quiere alcanzar el fin previsto, lo coherente sería interpretar los artículos 84 y 88 del CC de manera amplia, de tal forma que los ex cónyuges no sólo puedan optar por uno u otro operador jurídico a la hora de llevar a cabo la separación o el divorcio, sino su posterior reconciliación, sin tener que estar condicionados a seguir el mismo cauce procedimental que el previsto para el proceso matrimonial anterior.

Si continuamos estudiando el artículo 84 del CC, a continuación se nos dice que la reconciliación *deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones*.

En el Proyecto de LJV, sólo se contemplaba la separación o divorcio ante notario pero no ante el LAJ y al igual que en el texto vigente, se decía que la reconciliación *deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones*. Por tanto, por aquél entonces no existía duda alguna, ya que si la reconciliación era de una separación sin intervención judicial, había de formalizarse ante notario, bien mediante escritura pública, bien mediante acta de manifestaciones.

Es través de una enmienda incorporada al Proyecto, cuando la competencia para decretar la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los notarios concurre con la del LAJ, produciéndose en consecuencia, la modificación de los correspondientes artículos del CC sobre este asunto⁴⁷. Sin embargo, el párrafo segundo del artículo 84 permanece invariable, siendo entonces cuando surge la duda de si el *acta de manifestaciones*, ha de ser autorizada por el notario, por el LAJ o por cualquiera de ellos.

Señala DÍAZ MARTÍNEZ⁴⁸, que los notarios son competentes para el otorgamiento de ambas, pero el acta de manifestaciones puede también ser extendida

⁴⁷ GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo. “Examen de las reformas...”, op. cit.

⁴⁸ DÍAZ MARTÍNEZ Ana. “Comentario al artículo 84 del CC” en “Las modificaciones al Código Civil...”, op. cit.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

por el LAJ. La razón la explica GONZÁLEZ DEL POZO: “dada la condición de fedatarios públicos de ambos profesionales, depositario de la fe pública extrajudicial el notario, y de la fe pública judicial el secretario judicial, los dos tienen atribuida legalmente competencia para autorizar actas de manifestaciones”⁴⁹.

Para averiguar la forma que debe revestir la reconciliación notarial, debemos acudir a la LN y al RN.

La DF Undécima de la LJV modifica la Ley de 28 de mayo de 1968, del Notariado e introduce un nuevo Título VII, que lleva por rúbrica *Intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales*. En el capítulo I (*Reglas generales*) se encuentra el artículo 49:

Los Notarios intervendrán en los expedientes especiales autorizando actas o escrituras públicas:

1. ° Cuando el expediente tenga por objeto la declaración de voluntad de quien lo inste o la realización de un acto jurídico que implique prestación de consentimiento, el Notario autorizará una escritura pública.

2. ° Cuando el expediente tenga por objeto la constatación o verificación de un hecho, la percepción del mismo, así como sus juicios o calificaciones, el Notario procederá a extender y autorizar un acta.

En relación con este artículo, dentro de este Título VII, se contiene el capítulo II (*De las actas y escrituras públicas en materia matrimonial*) que recoge a su vez en la Sección 3^a (*De la escritura pública de separación matrimonial o divorcio*) un nuevo y único artículo, el 54 que nos dice lo siguiente:

1. Los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. Deberán prestar su consentimiento ante el

⁴⁹ GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo. “Examen de las reformas...”, op. cit.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes.

2. Los cónyuges deberán estar asistidos en el otorgamiento de la escritura pública de Letrado en ejercicio.

3. La solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil y en esta ley.

Si nos damos cuenta, este artículo 54 de la LN, únicamente regula la escritura pública de separación o divorcio pero no hace mención alguna a la reconciliación y menos, si ésta debe formalizarse por escritura pública o por acta de manifestaciones.

Para completar ambos artículos, podemos remitirnos al artículo 208 del RN: *en las actas de referencia se observarán iguales requisitos que en las de presencia, pero el texto será redactado por el Notario de la manera más apropiada a las declaraciones de los que en ellas intervengan, usando las mismas palabras en cuanto fuere posible, una vez advertido el declarante por el Notario del valor jurídico de las mismas en los casos en que fuese necesario.*

Como podemos observar, estos artículos no ofrecen una respuesta clara, por lo que sigue estando vigente la duda ¿cuál es la forma que debe revestir la reconciliación notarial?

Para obtener una respuesta a este interrogante, GONZÁLEZ DEL POZO interpreta estos artículos de manera conjunta, interpretación que merece ser reseñada.

Explica este autor que la reconciliación, materialmente, comprende dos extremos o aspectos interrelacionados, pero diferentes: por un lado, la declaración o manifestación de voluntad de querer reanudar la convivencia matrimonial y que el matrimonio recobre la plenitud de sus efectos y, por otro lado, la reanudación efectiva de la convivencia conyugal, esto es, el restablecimiento de la vida en común de los cónyuges en el mismo domicilio.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO

XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Cuando el párrafo primero del artículo 84 nos dice “(...) *pero ambos cónyuges deberán ponerlo en conocimiento del juez que entienda o haya entendido del litigio*”, ese *deberán ponerlo*, hace referencia a la necesidad o deber de poner en conocimiento del juez el hecho de la reconciliación, es decir, que se ha producido la reconciliación.

Por tanto, para que la reconciliación judicial, despliegue todos sus efectos, sólo precisa una mera puesta del hecho de la reconciliación en conocimiento del juez, siendo innecesaria una declaración expresa de voluntad de querer reanudar la convivencia conyugal porque la misma ya está implícita en el hecho mismo de la reanudación de la vida en común por los casados.

De acuerdo con esta explicación, la reconciliación ante notario puede formalizarse a través de un acta de manifestaciones, de la clase de las actas de referencia pues como dice este autor “el notario procede a la constatación o verificación del hecho o acto jurídico de la reconciliación de los cónyuges, separados sin intervención judicial, en base a las manifestaciones que ante él realiza cada uno de los cónyuges. En este sentido, el acta notarial de manifestaciones serviría para autorizar la reconciliación cuando ya se ha producido la reanudación de la convivencia conyugal”⁵⁰.

Esta teoría puede aplicarse también al nuevo artículo 835 del CC: *si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación de conformidad con el artículo 84 de este Código, el sobreviviente conservará sus derechos.*

Se puede observar que el precepto vincula la producción de los efectos de la reconciliación, para la conservación de los derechos hereditarios en la sucesión del fallecido por el cónyuge separado sobreviviente, al hecho de notificar la reconciliación al notario, por lo que el objeto de la notificación es poner en conocimiento del notario el

⁵⁰ Define GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo (“Examen de las reformas...”, op. cit.) la reconciliación de la siguiente manera: “es un acto jurídico bilateral en el que cada cónyuge emite una declaración de voluntad, implícita en la reanudación de la convivencia conyugal, de querer reconciliarse con el otro cónyuge”.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

hecho de la reconciliación, es decir, que se ha producido la efectiva reanudación de la convivencia conyugal. En definitiva, la notificación del artículo 835 del CC es equivalente a la del artículo 84.1 del CC.

No se descarta la posibilidad de que la reconciliación finalice mediante la autorización de una escritura pública, pero coincido con este autor, en que este cauce resultaría más adecuado para aquellos supuestos, en que al tiempo de comparecer los cónyuges ante notario, todavía no se ha reanudado la convivencia matrimonial y los cónyuges expresan su voluntad de restablecer la vida en común de inmediato.

Por tanto, se podría decir, a modo de conclusión, que la reconciliación incoada ante notario, podría concluir, mediante el otorgamiento de una escritura pública o mediante la autorización de un acta de manifestaciones.

Por otro lado, pero en relación con la reconciliación, los LAJ ostentan competencia para autorizar actas de manifestaciones. Esta competencia se manifiesta, de manera expresa tanto en el artículo 453.1.1 de la LOPJ, como en el artículo 145.1.2º de la LEC.

Ambos preceptos explican con idénticos términos que corresponde a los LAJ, con exclusividad y plenitud *el ejercicio de la fe pública judicial* y que en el ejercicio de esta función, dejarán constancia fehaciente de la realización de actos procesales en el Tribunal o ante éste y de la producción de hechos con trascendencia procesal *mediante las oportunas actas y diligencias*.

Otra cuestión que surge de la lectura del artículo 84 del CC es si los cónyuges pueden optar por el notario o por el LAJ para la formalización de la reconciliación o necesariamente han de acudir ante el mismo notario o LAJ que formalizó su separación matrimonial.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Para contestar a esta pregunta, debemos partir de los diferentes argumentos que, según GONZÁLEZ DEL POZO⁵¹ pueden darse, de tal manera que en función de uno u otro, pueden dar lugar una respuesta u otra:

Por un lado, se puede sostener que la reconciliación ha de realizarse necesariamente ante el mismo operador jurídico, notario o LAJ, ante el cual se formalizó la separación matrimonial, sin que quepa la posibilidad, en ambos casos de que los cónyuges, puedan optar libremente reconciliarse ante un profesional distinto al que previamente autorizó o decreto la separación matrimonial.

La razón de esta teoría, en mi opinión, radicaría en el párrafo primero de este precepto 84 del CC. En él se nos dice que, para los supuestos de separación o divorcio contencioso la reconciliación deberá ponerse en conocimiento del Juez que *entienda o haya entendido en el litigio*. Si nos damos cuenta, esta última expresión resulta bastante clarificadora pues nos indica de manera relevadora cuál es el juez conecedor de la reconciliación, esto es, aquél que decretó la separación o divorcio.

Si se sigue esta teoría, lo coherente sería aplicar esta misma solución para los LAJ y notarios, es decir, quienes tendrían que conocer de la reconciliación, serían los notarios o LAJ que *entiendan o hayan entendido en el litigio*.

Matiza este autor que, si la reconciliación se tramitase ante el LAJ, corresponderá al mismo LAJ que estuviera conociendo de la separación de mutuo acuerdo, si ésta estuviera pendiente. Si por el contrario, el procedimiento de separación ya se hubiera terminado, corresponderá al LAJ del mismo Juzgado que conoció del procedimiento de mutuo acuerdo sin intervención judicial.

Como la reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, si el procedimiento estuviera aún abierto, será preciso que el LAJ dicte un decreto poniendo término al procedimiento y autorizando la reconciliación. Si se hubiera terminado el procedimiento, el LAJ dictará decreto,

⁵¹ Argumentos recogidos por GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo (“Examen de las reformas...”, op. cit.).

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

autorizando la reconciliación y dejando sin efecto las medidas acordadas por los cónyuges en el convenio regulador aprobado.

También se puede defender esta teoría partiendo del artículo 835 del CC. Recordemos que este precepto exige notificar la reconciliación *al Juzgado que conoció la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación*, para la conservación de los derechos hereditarios del cónyuge superviviente, por lo que no se da opción a los cónyuges de elegir entre uno u otro profesional.

Coincido con este autor en que tal y como se encuentran redactados los preceptos afectados por la LJV, el legislador se muestra conservador y predomina para estos casos la teoría de reparto competencial, donde no se deja un margen de libertad a los cónyuges para optar por uno u otro profesional y muestra de ello, son las expresiones contenidas en el artículo 84 (*en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido del litigio*) y en el artículo 835 (*al Juzgado que conoció de la separación o al Notario que otorgó la escritura pública de separación*), ambos del CC.

Ahora bien, esto no significa que puedan existir otros argumentos y que a continuación, paso a plantear que sí que podrían ofrecer a los cónyuges la posibilidad de que éstos puedan elegir a uno u otro profesional:

En primer lugar, tal y como puede desprenderse del Preámbulo de la LJV, finalmente se ha optado por la *alternatividad entre diferentes profesionales en determinadas materias específicas*⁵². Una de estas materias específicas a las que hace alusión la Ley, es la ruptura conyugal, o lo que es lo mismo, la separación o el divorcio de mutuo acuerdo.

Si el legislador, ofrece a los cónyuges la posibilidad de elegir entre el LAJ o el notario para llevar a cabo su separación, no tiene sentido alguno que éstos no puedan efectuar esta elección a la hora de reconciliarse y además tengan que necesariamente hacerlo ante el mismo profesional que llevó a cabo su separación o divorcio.

⁵² Así lo dispone al antepenúltimo párrafo del Ordinal IV del Preámbulo de la LJV.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO

XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

Y, en segundo lugar, el artículo 84 del CC dice textualmente que *la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones*. Si atendemos al tenor literal del precepto, se utiliza la conjunción disyuntiva “o” que, en términos de la RAE “denota diferencia, separación o alternativa entre dos o más personas, cosas o ideas”.

No quisiera finalizar este apartado sin hacer alusión a los hijos mayores o menores emancipados sin capacidad modificada judicialmente. Concretamente si se puede, en relación con éstos, solicitar del juez, una vez producida la reconciliación extrajudicial, el mantenimiento o modificación de las medidas adoptadas en el convenio regulador.

Con anterioridad a la LJV, el inciso final del 84.1 del CC nos decía lo siguiente: *ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique*. Tras la reforma operada por esta Ley, este inciso final queda redactado de la siguiente forma: *ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique*.

Si nos damos cuenta, la redacción ha permanecido intacta pero hay que contextualizar las dos redacciones: en el primer caso, la posibilidad de que mediante resolución judicial, se pudieran mantener o modificar las medidas adoptadas, tras la reconciliación, se extendía a todo tipo de hijos, fueran éstos mayores, menores de edad o con la capacidad modificada judicialmente.

Pero, por lo que respecta al segundo caso, y en concordancia con el artículo 81.1 del CC, sólo se podrá *mediante resolución judicial*, mantener o modificar las medidas adoptadas, cuando existiesen hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente, pues recordemos que para este tipo de supuestos, el juez es el único que puede pronunciarse.

Ahora bien, la duda que puede surgir, en mi opinión, es qué sucederá con la reconciliación de aquellas separaciones anteriores a la reforma de LJV y en las que existiesen hijos mayores de edad o menores emancipados sin la capacidad modificada

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO

XII. Extinción de los efectos de la sentencia que aprueba el convenio

judicialmente. Al no existir diferenciación de supuestos, la separación era siempre judicial, con independencia de que existieran hijos mayores o menores de edad, pero el problema surge con la posterior reconciliación, pues al existir ya la Ley, entraría en juego la alternatividad de operadores.

Como podemos apreciar, la solución a estos problemas depende tanto del momento en que se dictó la separación, (antes o después de la entrada en vigor de la LJV) como de la interpretación que demos a estos diferentes artículos. La reconciliación será siempre judicial para aquéllos casos en que existen hijos menores de edad, pues la competencia para dictaminar las separaciones tanto anteriores como posteriores a la LJV ha correspondido siempre al juez.

Sin embargo, si la separación fue judicial porque fue dictaminada con anterioridad a la LJV, pero existen hijos mayores de edad o menores emancipados cabrían, a mi juicio, dos interpretaciones: o bien, que la reconciliación fuera judicial atendiendo al tenor literal del artículo 84.1 del CC pues los cónyuges, *deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio*, o bien que prevalezca la alternatividad, esto es, que el cónyuge pueda poner la reconciliación en conocimiento del notario o del LAJ, al no existir un control tan exhaustivo como sucede en los supuestos en que concurren hijos menores de edad, si bien debemos señalar, que la primera opción es la que más se ajusta al criterio del legislador.

XIII. CAMBIO DE PROCEDIMIENTO DE CONTENCIOSO A MUTUO ACUERDO.

13.1. FUNDAMENTO Y REGULACIÓN.

La DA Quinta de la Ley 30/1981 de 7 de julio, ya recogía la posibilidad de que el proceso matrimonial contencioso, pudiera transformarse en un proceso de mutuo acuerdo en su apartado k), que decía que *en cualquier momento del proceso, concurriendo los requisitos señalados en la Disposición adicional sexta, las partes podrán solicitar que continúe el procedimiento, por los mismos trámites que en la misma se establecen.*

La redacción no era muy afortunada, pues no en todos casos en que existía un procedimiento matrimonial que seguía los trámites de la DA Quinta podía pasarse a la DA Sexta. Concretamente, el párrafo primero de la DA Quinta establecía que se seguirán por los trámites de la misma las demandas *de nulidad por las causas comprendidas en los apartados dos y tres del artículo 73 del Código Civil.* Sin embargo, el párrafo primero de la DA Sexta establece que se seguirán por este trámite, *las peticiones de separación o divorcio presentadas de común acuerdo,* por lo que ya están excluyendo, las peticiones de nulidad.

Uno de los interrogantes que este cambio de procedimiento suscitaba era si, iniciado el proceso de separación, los cónyuges podían ponerse de acuerdo para pasar al trámite de la DA Sexta pero solicitando el divorcio. Pero esta posibilidad no era posible ya que si el procedimiento era de separación, se continuaba con la separación pero en lugar de tramitarse por el sistema contencioso de la DA Quinta, por el sistema de la DA Sexta, sin que se pudiera modificar la petición inicial. Otra opción era desistir del procedimiento de separación y solicitar el divorcio pero en procedimiento aparte⁵³.

⁵³ Señala LÓPEZ-MUÑIZ GOÑI Miguel (*El proceso matrimonial de común acuerdo. Guía práctica y jurisprudencia.* Ed. Colex, S.A., Madrid, 1997, pág. 211) que diferente sería que uno de los cónyuges hubiera solicitado la separación y el otro, en reconvencción pidiera el divorcio, pues en este caso, existen ambas peticiones en el mismo procedimiento y, por lo tanto hay coherencia entre el divorcio solicitado y su paso al trámite consensual, pidiendo ambas partes el divorcio.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XIII. Cambio de procedimiento de contencioso a mutuo acuerdo

Esta posibilidad de que el proceso matrimonial contencioso, pudiera transformarse en consensual, fue trasladada a la LEC, y en concreto al artículo 770.5 de la LEC, con términos prácticamente idénticos a los previstos en la legislación anterior, nos indica que *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.*

No tiene sentido alguno continuar con la tramitación de un procedimiento contencioso cuando ha desaparecido la controversia entre las partes. Para ello, el legislador, ofrece cauces procedimentales sencillos para solventar los problemas derivados de su ruptura matrimonial de la manera más pacífica posible, dando preferencia a las medidas acordadas por los cónyuges, quienes seguirán, a partir de ese momento, con los trámites del procedimiento de mutuo acuerdo hasta su terminación por sentencia⁵⁴.

Al igual que ocurre en la legislación anterior, no todo proceso matrimonial puede transformarse en proceso consensual, problema que estudiaremos con detenimiento en el apartado siguiente.

13.2. CLASES DE PROCESOS EN QUE ES POSIBLE ESTE CAMBIO.

La norma que permite la transformación del proceso contencioso en consensual se encuentra ubicada en el artículo 770 de la LEC, por lo que en principio se podría pensar que es posible transformar en consensual, cualquiera de los procesos a los que se refiere el propio artículo 770.1 de la LEC, esto es, procesos de separación y divorcios contenciosos, nulidad matrimonial y demás demandas que se formulen al amparo del Título IV del Libro I del CC.

Sin embargo, atendiendo a una interpretación del artículo 777 de la LEC y de los artículos 81, 86 y 90 del CC en relación con el artículo 770.5 de la LEC, nos lleva a la

⁵⁴ Opinión que comparto con GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo (“La transformación del proceso contencioso en consensual” en *Los procesos de familia...*, op. cit., pág. 549).

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XIII. Cambio de procedimiento de contencioso a mutuo acuerdo

idea de que no es posible transformar en procedimientos de mutuo acuerdo aquellos que, desde el principio, no pueden promoverse por los cónyuges por los trámites previstos en el artículo 777 de la LEC. Es por este motivo también, por el no es posible transformar un proceso de nulidad matrimonial en procedimiento consensual a pesar de que haya acuerdo de las partes sobre las medidas a adoptar y sobre el pronunciamiento constitutivo de nulidad y la causa que lo motiva.

Hemos de recordar que el ámbito de aplicación para esta clase de procedimientos se circunscribe a la separación y al divorcio, puesto que, a pesar de que el artículo 751.1 de la LEC prevea la regla general que rige para los procesos especiales de indisponibilidad del objeto del proceso, este principio resulta atenuado para los procesos matrimoniales y más concretamente para los procesos de mutuo acuerdo, en los que las partes pueden adoptar la postura que estimen conveniente en relación al proceso, siendo excepción a esta atenuación la nulidad matrimonial.

Señala CALAZA LÓPEZ que tanto el divorcio como la nulidad pueden tener como objetivo la ruptura del vínculo matrimonial, pero lo que diferencia a uno y a otro radica en que en la solicitud del divorcio, ha de constar la existencia de un matrimonio válido y eficaz que se disuelve, a través de una causa sobrevenida, siendo ésta motivo suficiente, para que cada cónyuge, a través de su libre voluntad, adopte la postura que estime más adecuada en relación al proceso, siendo la nulidad un proceso en el que se tiene que hacer constar la invalidez del matrimonio desde el momento de su celebración⁵⁵ o, dicho de en otras palabras, como si el matrimonio no se hubiera celebrado nunca.

Por tanto, hay que diferenciar la separación y el divorcio de la nulidad por cuanto las dos primeras hacen referencia a una crisis matrimonial en la que las partes, en función de sus intereses personales y/o patrimoniales adoptan la posición que entienden oportuna en relación al proceso, exceptuando aquellas medidas relativas a hijos menores o con capacidad modificada judicialmente en las que sí existe restricción en la disponibilidad de las mismas.

⁵⁵ CALAZA LÓPEZ Sonia. *Los procesos matrimoniales...*, op.cit., pág. 28.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XIII. Cambio de procedimiento de contencioso a mutuo acuerdo

A pesar de que hubiera acuerdo entre las partes sobre las medidas a adoptar y sobre el pronunciamiento constitutivo de nulidad y la causa que lo motiva, no sería posible transformar un proceso de nulidad matrimonial en procedimiento consensual.

Explica GONZÁLEZ DEL POZO⁵⁶ que es viable presentar un convenio regulador en un proceso contencioso de nulidad matrimonial, tanto inicialmente como en el transcurso del procedimiento, pero no cabe la tramitación del proceso de nulidad por el mutuo acuerdo ni la transformación de la nulidad contenciosa en consensual por el párrafo quinto del artículo 770 de la LEC, por dos razones: por un lado, porque propiciaría la obtención de nulidad fraudulentas, y por otro lado, porque la estructura del proceso consensual del artículo 777 de la LEC no se acomoda a las necesidades de alegación y prueba de los hechos en que se argumenta la causa de nulidad.

Tampoco cabría la transformación de los *procedimientos de reconocimiento de eficacia civil de resoluciones de los Tribunales Eclesiásticos* previsto en el artículo 778 de la LEC.

Si no se pidiera en estos procedimientos, la adopción o modificación de medidas, el trámite del párrafo primero del artículo 778 de la LEC, es distinto e incompatible con el del mutuo acuerdo porque el reconocimiento de la eficacia civil no es susceptible, al igual que la nulidad, de acuerdo entre las partes.

Cuando en la demanda o en la contestación-reconvención de los procedimientos del artículo 778 de la LEC, se hubiere solicitado, además del reconocimiento de eficacia civil, la adopción o modificación de medidas anteriores, aunque ambas peticiones se sustanciaran conjuntamente *siguiendo el procedimiento que corresponda con arreglo a lo dispuesto en el artículo 770* (art. 778.2), remisión que, al comprender la regla del párrafo quinto del artículo 770, supondría un reenvío de ésta última a los trámites del artículo 777, para los supuestos en que exista acuerdo de las partes, tanto sobre la totalidad de las medidas a adoptar como sobre el pronunciamiento constitutivo de

⁵⁶ GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo. “La transformación del proceso contencioso en consensual” en *Los procesos de familia...*, op. cit., pág. 550.

nulidad, no parece que sea posible tampoco la transformación, en base a que no cabe conceder validez al acuerdo sobre el pronunciamiento constitutivo.

Por el contrario, sí es posible la transformación a procedimiento consensual tanto de los procesos contenciosos de modificación de medidas definitivas regulados en el artículo 775 de la LEC, como en los procesos contenciosos que versen sobre guarda y custodia de hijos menores o sobre alimentos reclamados en nombre de los hijos menores del artículo 770.6 de la LEC⁵⁷.

13.3. MOMENTO, FORMA Y REQUISITOS PARA LA TRANSFORMACIÓN DEL PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO A CONSENSUAL.

Como bien indica el párrafo quinto del artículo 770 de la LEC esta transformación del procedimiento contencioso a mutuo acuerdo *puede realizarse en cualquier momento del proceso*. En principio, se podría decir, que puede solicitarse el cambio desde que se presenta la demanda hasta que comencese el plazo para dictar sentencia.

Sin embargo, veremos más adelante que ha existido una cierta discusión jurisprudencial en torno al momento en que tendría que realizarse este cambio, ya que

⁵⁷ Explica GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo (“La transformación del proceso contencioso en consensual” en *Los procesos de familia...*, op. cit., pág. 551) que sobre la posibilidad de convertir en consensuales, los procesos contenciosos sobre guarda y/o alimentos de hijos menores no matrimoniales han existido dudas dada la defectuosa técnica jurídica con que está redactada la regla del párrafo sexto del artículo 770 de la LEC.

Por una parte se sostiene, que pueden aplicarse la totalidad de las reglas del artículo 770 de la LEC, y en consecuencia la regla del párrafo quinto del artículo 770 de la LEC, que permite la conversión del proceso contencioso en consensual cuando concurren los requisitos establecidos en el artículo 777 de la LEC.

Por el contrario, para PÉREZ MARTÍN Antonio Javier (“Comentario al artículo 770 de la LEC” en *Comentarios a la Nueva Ley...*, op. cit., pág. 4089), los procesos que versan exclusivamente sobre guarda y custodia de hijos menores se sustanciarán de acuerdo con lo establecido en el artículo 753 de la LEC, sin que sean aplicables las reglas contenidas en el artículo 770 al no aparecer dichos procedimientos incluidos dentro de la enumeración del párrafo primero del artículo 770 de la LEC.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XIII. Cambio de procedimiento de contencioso a mutuo acuerdo

no sólo puede producirse en primera instancia sino que incluso cabría su extensión a segunda instancia.

Pese a que el artículo 770 de la LEC utilice la expresión *en cualquier momento*, que podría comprender un momento anterior, no tendría sentido formular la solicitud de transformación del procedimiento antes de que se dicte el auto de admisión a trámite de la demanda, pues que lo que se pretende es la “conversión” de un proceso contencioso a un mutuo acuerdo y no tendría sentido alguno la presentación de una solicitud de transformación si finalmente la demanda contenciosa no es admitida a trámite.

La transformación se llevará a cabo siguiendo los trámites del artículo 777 de la LEC, es decir, deberá solicitarse por escrito presentado por ambas partes o por una con el consentimiento de la otra, al que se acompañará la propuesta del convenio regulador.

Otra cuestión que ha sido objeto de debate jurisprudencial versa sobre la posibilidad de reconversión del proceso contencioso a consensual en la segunda instancia.

Por ejemplo, el AAP de Barcelona (Sección 12ª) de 5 abril de 2001, F.J. 2º, (AC 2001\527) considera que no cabe esta posibilidad por las siguientes razones:

En primer lugar, al ser necesario el informe del Ministerio Fiscal y la homologación judicial, si alguno de los acuerdos no resultara conveniente y, en consecuencia, fuera rechazado por el Tribunal, se tendría que proseguir ante la Audiencia (o, en su caso ante el TSJ o el Tribunal Supremo en la nueva configuración del sistema de recursos), un procedimiento típico diseñado para que tenga lugar ante el Tribunal de instancia, incluida una fase de prueba sumaria, exploración de los hijos y demás incidencias.

En segundo lugar, surge un problema que atañe al ámbito de las garantías constitucionales, el de que la resolución que se dicte, conteniendo las medidas que, en definitiva, el Tribunal estimara procedentes, se vería privada del derecho a su revisión en apelación.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XIII. Cambio de procedimiento de contencioso a mutuo acuerdo

Y en tercer lugar, puede ocurrir que acordada la reconversión, alguno de los cónyuges no ratificase el convenio ni la solicitud consensuada. Equiparar la no ratificación al desistimiento resulta improcedente, por cuanto resultaría perjudicada una de las partes, mientras que la otra posible solución que es la retroacción de los trámites para proseguir la apelación, además de la ausencia de previsión legal, presenta complejos problemas respecto a la eficacia de los pactos de derecho dispositivo que se hubieren podido concertar, que no precisaran homologación y que son obligatorios para las partes ex. artículo 1255 del CC.

Por el contrario, existe otra corriente jurisprudencial que sí contempla esta posibilidad en base a los siguientes argumentos:

En primer lugar, la exclusión del acuerdo en segunda instancia implicaría una interpretación restrictiva del artículo 770.5 de la LEC, contraria por otra parte al espíritu de la regulación de los procesos de familia de la LEC, de cuyo articulado se desprende claramente la voluntad del legislador de facilitar y fomentar el acuerdo entre las partes [SAP de Cuenca (Sección 1ª) núm. 32/2014 de 4 marzo de 2014, F.J. 1º, (JUR 2014\110295)].

En segundo lugar, se tiende a favorecer, siempre que sea posible, las soluciones menos traumáticas, dando preferencia a la adopción de las medidas acordadas entre los cónyuges, como reiteradamente se contiene en los preceptos sustantivos 90, 91, 96, 97.1 y 102 del CC entre otros [SAP de Murcia (Sección 1ª) núm. 443/2001 de 9 de octubre de 2001, F.J. 2º, (JUR 2001\329901)]

13.4. EL PROCEDIMIENTO HASTA LA TRANSFORMACIÓN.

Una vez presentado el escrito en el que se hace constar la voluntad de cambiar el procedimiento, junto con la propuesta del convenio regulador, se dictará providencia y

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XIII. Cambio de procedimiento de contencioso a mutuo acuerdo

se suspenderá el curso de los autos en el estado en que se encuentren, produciendo efectos a partir de la fecha de presentación del escrito⁵⁸.

Siguiendo el artículo 777 de la LEC, el LAJ citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Llegado el día y hora señalados, si los cónyuges comparecen y ratifican tanto su decisión de separarse o divorciarse, como el convenio regulador, se entenderá producida la transformación del proceso a mutuo acuerdo y se continuará con los trámites previstos para el mismo.

No obstante, puede ocurrir que uno de los cónyuges no compareciere de forma injustificada, o de comparecer, no ratifica la petición de transformación y, en su caso la solicitud de separación o divorcio o, no ratifica, total o parcialmente el convenio regulador presentado. Sobre estos casos, la duda que puede surgir es si procederá acordar de inmediato el archivo de las actuaciones, sin ulterior recurso, dejando a salvo el derecho de los cónyuges de promover el proceso contencioso, conforme a lo dispuesto en el artículo 770, tal y como prevé el artículo 777.3 de la LEC.

Si se decidiera archivar el proceso contencioso cuya transformación en consensual se solicita, obligaría a la parte actora a presentar una nueva demanda contenciosa para abrir un nuevo proceso sobre el mismo objeto que el sobreseído, lo que implicaría una vulneración del principio de economía procesal.

Sin embargo, de entender que lo que debe archiversse es la petición de cambio de procedimiento, se reanudaría la tramitación del procedimiento contencioso a partir del momento procesal en que se acordó la suspensión por la solicitud de la conversión.

Coincido con GONZÁLEZ DEL POZO, esta última opción sería la más coherente, porque el proceso contencioso, en palabras de este autor, “no está finalizado, sino vivo y latente a la espera del resultado de la petición de cambio procedimental”⁵⁹.

⁵⁸ GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo. “La transformación del procedimiento contencioso en consensual”, en *Los procesos de familia...*, op. cit., pág. 553.

⁵⁹ GONZÁLEZ DEL POZO Juan Pablo. “La transformación del procedimiento contencioso en consensual” en *Los procesos de familia...*, op. cit., pág. 554.

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XIII. Cambio de procedimiento de contencioso a mutuo acuerdo

Si recordamos la tramitación del proceso matrimonial recogida en la DA Sexta de la Ley 30/1981, la admisión a trámite de la solicitud consensual, dependía de la previa ratificación del convenio regulador. Si se solicitaba el cambio, no tenía lugar la transformación en tanto no se dictara el auto de admisión a trámite del procedimiento consensual tras la previa ratificación del convenio. Por tanto, la falta de ratificación del convenio por una de las partes, equivalía a inadmisión a trámite de la solicitud de transformación e implicaba alzar la suspensión del proceso contencioso y continuar su tramitación.

Así lo recogía el AAP de Madrid (Sección 22ª) de 27 marzo de 1998, F.J. 2º, (AC 1998\729): “es obvio que el auto acordando la transformación, no puede dictarse hasta que los cónyuges no manifiesten, en comparecencia ante el Juzgado, su voluntad conforme con la vía consensual y el convenio propuesto, por lo que hasta que ello no se produce puede sostenerse, con perfecta lógica jurídica, que el inicial procedimiento contencioso ha quedado simplemente en suspenso, condicionando el ulterior trámite de ratificación que, en caso positivo, determinará su continuación por la disposición adicional 6ª, y en el supuesto contrario, no el volver a la litis contradictoria, desde lo consensual, sino continuar la primera que quedó ininterrumpida, en la forma antedicha, pero nunca transformada”.

La vigente redacción del artículo 777 de la LEC ha situado la admisión a trámite de la demanda consensual en un momento procesal anterior a la ratificación del convenio y la ha hecho depender de la presentación de la solicitud junto con los documentos obligatorios del artículo 777.2 de la LEC. La falta de ratificación del convenio por uno de los cónyuges, implicaría de inmediato el archivo de las actuaciones (art. 777.3 de la LEC), pero como acabamos de explicar, si se tuviera que comenzar de nuevo con el proceso contencioso, prolongaría en el tiempo una situación difícil que los cónyuges quieren solucionar cuanto antes.

De manera acertada señala GONZÁLVEZ VICENTE que “si se permitiera el archivo directo del proceso que se inició de modo contencioso, se permitiría que una de las partes simulando la voluntad de ratificar dilatara el proceso obligando a la parte bien

TERCERA PARTE. SUSTANCIACIÓN DEL PROCESO
XIII. Cambio de procedimiento de contencioso a mutuo acuerdo

intencionada a presentar una nueva demanda, lo que supone una conducta procesal, que no puede ser amparada por los tribunales”⁶⁰.

⁶⁰ GONZÁLVIZ VICENTE Pilar. “Procedimiento consensuado” en *Tratado de Derecho de Familia...*, op. cit., pág. 724.

