

DIVORCIO Y SEPARACIÓN EN EL CÓDIGO CIVIL TRAS LA
REFORMA POR LEY 15/2015, DE 2 DE JULIO, DE LA
JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

DIVORCE AND LEGAL SEPARATION IN THE SPANISH CIVIL
CODE AFTER THE REFORM INTRODUCED BY THE NON-
CONTENTIOUS JURISDICCTION ACT

Actualidad Jurídica Iberoamericana, núm. 3, agosto 2015, pp. 395-412.

Fecha entrega: 07/07/2015
Fecha aceptación: 15/07/2015

ALMUDENA CARRIÓN VIDAL
Abogada
almudenacarrionvidal@hotmail.com

RESUMEN: En este artículo se trata de llevar a cabo un análisis de urgencia de la importante reforma introducida en el articulado del Código Civil, en materia de disolución por divorcio y separación matrimonial, por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

PALABRAS CLAVE: divorcio de mutuo acuerdo, separación de mutuo acuerdo, reconciliación, convenio regulador.

ABSTRACT: This article performs an urgent analysis on the important reform regarding dissolution of marriage by divorce and legal separation, introduced in the Spanish Civil Code by the Non-Contentious Jurisdiction Act (“Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”).

KEY WORDS: Divorce by consent, legal separation by consent, reconciliation, maintenance agreement.

SUMARIO: 1. Introducción.- 2.- La novedad fundamental en materia de divorcio y separación en la reforma del CC por la Ley 15/2015.- 3.- Un paso más en la progresiva, e imparable,-“privatización” del negocio jurídico matrimonial. 4.- La “formulación” del convenio regulador ante Secretario judicial, o en escritura pública notarial.- 5.-Efectos de la separación matrimonial. -6.- La reconciliación de los cónyuges separados.- 7.- Nueva redacción del artículo 87.- 8.- El momento de producción de los efectos de la disolución por divorcio.- 9.- Las modificaciones introducidas en el artículo 90.- 10.- El nuevo párrafo primero del art. 95.- 11.- Nueva redacción del último párrafo del art. 97.- 12.- Retoques de estilo en el art. 99.- 13.--Alteraciones sustanciales o de fondo en la nueva redacción del art. 100.

1. En materia de separación y disolución por divorcio del vínculo matrimonial, la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, aun no afectando desde luego a los presupuestos sustantivos o de fondo de ambas figuras, incide de modo importante sobre ellas. Basta con reparar, de una parte, en el elevado número de preceptos atinentes al régimen de la separación o de la disolución por divorcio que ahora reciben nueva redacción (arts. 81, 82, 83, 84, 87, 89,90, 95 (párrafo primero), 97 (último párrafo), 99, 100 y 107 (apartado 2); y, de otra, en la circunstancia de que ninguna de las modificaciones a que acaba de hacerse referencia ve demorada su entrada en vigor al 30 de junio de 2017, como sí acontece por el contrario respecto a otros artículos del CC afectados asimismo por la reforma (como lo son (siquiera con excepciones) los referidos a la forma de celebración matrimonial).

2. La novedad fundamental en lo que atañe a la separación y al-divorcio viene constituida, sin duda, por la posibilidad de que los cónyuges, concurriendo determinadas circunstancias, puedan instar la separación o la disolución del matrimonio ante funcionarios distintos de aquellos que tienen atribuida la potestad jurisdiccional. La propia exposición de motivos de la Ley, siquiera con redacción nada encomiable, se refiere a lo anterior en los siguientes términos:

“...al tiempo que se introducen modificaciones que afectan a la regulación de la separación o divorcio de mutuo acuerdo de los cónyuges sin hijos menores de edad fuera del ámbito judicial, atribuyendo al Secretario judicial y al Notario las funciones que hasta ahora correspondían al Juez...”

Los presupuestos que necesariamente habrán de concurrir para que los cónyuges puedan acogerse a lo dicho en precedencia son: de un lado, que la separación o la disolución por divorcio lo sean “de mutuo acuerdo” (arts. 82.1 y 87 CC); de otro, que no existan “hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores” (art. 81, párrafo primero). La concurrencia de esta segunda circunstancia, obviamente, no excluye la posibilidad misma de que la separación, o el divorcio, lo sean “de mutuo acuerdo”, sino-que el conocimiento y tramitación de aquellas pueda tener lugar ante Secretario judicial o Notario, viniendo entonces reservada en exclusiva la competencia al órgano jurisdiccional.

“Se decretará judicialmente la separación (obviamente en cualquiera de sus modalidades, “de mutuo acuerdo” o “contenciosa”) cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio” (art. 81, párrafo 1).

Una vez más la dicción legislativa resulta cuanto menos “sorprendente”, puesto que en una “primera” lectura diríase que la separación viniera impuesta “forzosamente” en el caso de que existan hijos en las circunstancias que el precepto describe. Lo disparatado de la consecuencia obliga a concluir de inmediato que lo que el legislador, con escaso acierto, quiere decir es que en el supuesto descrito la separación (en cualquiera de sus modalidades) deberá tramitarse judicialmente, quedando así excluida la posibilidad de que los cónyuges, aun tratándose de una separación “de mutuo acuerdo”, puedan acudir al Secretario judicial o al Notario.

De otro lado, el inciso relativo a que lo dispuesto en el art. 81 será de aplicación “cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio”, resulta por completo innecesario puesto que, ya desde la reforma de la Ley 30/81, es claro que el régimen jurídico que para la separación conyugal se contiene en el CC es de aplicación con independencia de que el matrimonio lo sea canónico o en alguna de las formas religiosas admitidas.

El carácter fundamental de este aspecto de la reforma se deja sentir asimismo en el artículo siguiente, en el que tras facultar a los cónyuges para “acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario...” (art. 82.1), concluye reiterando la idea recogida ya en el artículo anterior:

“No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores” (art. 82.2).

Y es que una vez apuntado ya en el art. 81 que la separación deberá “decretarse judicialmente” cuando existan “hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores”, no parece-necesario reiterarlo de nuevo en el 82.2. Y ello, porque de suyo la expresión “Se decretará judicialmente la separación” deja bien a las claras la exclusión de cualquier otra posibilidad distinta de la del conocimiento de aquella por los órganos jurisdiccionales.

Tratándose de la disolución por divorcio la regulación es sustancialmente idéntica, siquiera ahora con remisión del-art. 87 al contenido del art. 82:

“Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el art. 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él”

En consecuencia, y al igual que en el marco de la separación, existiendo hijos en la circunstancias anteriormente descritas, la disolución por divorcio (ya de mutuo acuerdo, ya contencioso) precisará en todo caso de la intervención de los órganos jurisdiccionales.

3. Ciertamente la circunstancia de que la disolución del matrimonio (déjese ahora al margen la separación) pueda ahora tener lugar “por decreto que así lo declare” (alusivo sin duda a la que tenga lugar ante el Secretario judicial), o “desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública” (alusivo sin duda a la que tenga lugar ante Notario), y aún sin olvidar desde luego que ambos supuestos presuponen la existencia de “mutuo acuerdo”, quizá con todo no impida constatar un cierto grado de cambio en la configuración, y consideración, mismas del matrimonio por parte del legislador. Un paso más en ese progresivo “deslizamiento” de la figura hacia una digamos cada vez mayor “privatización”. El matrimonio es, cada vez con mayor intensidad, un instituto en el que, progresivamente, como se ha dicho, los poderes públicos “van cediendo espacio” a la autonomía de los particulares (en este caso, claro es, de los contrayentes). Es en definitiva, el lento, pero imparable, desenlace de un proceso iniciado (siquiera tímidamente) con la reforma de 1981, acentuado después (con trazos enérgicos) con las reformas de 2005, y que ahora en alguna medida digamos se intensifica. ¿Qué queda en la actualidad de aquél punto de vista,

por demás autorizado, por demás generalizado, emitido a poco de la reforma de 1981?:

“...el divorcio se presenta en nuestro sistema como una decisión del Estado, adoptada a través de los órganos jurisdiccionales, previo el ejercicio de una acción, y tras un proceso contradictorio. En este tema, el art. 85 (la referencia hay que entenderla hecha al texto de la Ley 30/81) se ha de poner en relación con el art. 89, que expresamente declara que la disolución del matrimonio por divorcio, sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare” [MONTÉS PENADÉS, V.L.: “Comentario a los artículos 85 y 89 del Código civil”, en AA.VV.: *Comentarios a las reformas del Derecho de Familia, Volumen primero*. Madrid-(1984): Técnos, p. 496].

El cambio se infiere incluso del distinto lenguaje legislativo utilizado en 1981 y en la reforma de 2015: frente al “Se decretará judicialmente la separación/divorcio, a petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro” (arts. 81 y 86, en su anterior redacción), los arts. 82 y 87 (en su actual redacción) optan por una redacción en la que se presenta a los cónyuges como los únicos protagonistas realmente importantes, por cuanto al divorcio/ separación “de mutuo acuerdo” se refiere: “Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo... mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o ante Notario” (art. 82.1). Tenor literalmente idéntico, el que se reproduce asimismo para la disolución por divorcio en el nuevo art. 87. Son, pues, los cónyuges, únicamente ellos, los que “acuerdan” divorciarse, o separarse, y la función básicamente “homologadora” de la intervención judicial (que, con anterioridad, no obstante ese-carácter, quedaba un tanto ensombrecida tras el “Se decretará judicialmente”) en la actualidad queda aún más difuminada, por cuanto, en la nueva redacción se comienza afirmando son los cónyuges los que “acuerdan” disolver el vínculo, o dejar en suspenso el deber de convivencia.

Obviamente, y dado el carácter facultativo de los nuevos arts. 82 y 87- (“los cónyuges podrán”), sigue siendo posible que los ciudadanos que así lo deseen puedan tramitar su divorcio o separación “de mutuo acuerdo” ante órganos jurisdiccionales, siquiera-la sobrecarga de trabajo que pesa sobre estos últimos haga prever un importante grado de desviación de tales asuntos hacia los funcionarios a los que ahora se les atribuye competencia para conocer de los mismos.

No cabría sostener ciertamente que Secretarios judiciales y Notarios-carezcan de la condición de funcionarios públicos. No puede, pues, concluirse que el Estado vaya a estar “por completo ausente” por cuanto-se refiere a la tramitación y resolución de las separaciones y divorcios que lo sean de mutuo acuerdo, y en que no existan hijos en las circunstancias aludidas con

anterioridad, pero no es menos cierto se desemboca (mírese como se mire) en un grado importante de “desjudicialización” de las crisis matrimoniales, siquiera de aquellas que presentan un grado de conflictividad sensiblemente menor.

4. En el nuevo art. 82 permanece invariado el plazo de tres meses desde la celebración del matrimonio (instaurado por la reforma de 2005). Otro tanto cabe decir por cuanto se refiere a la esencialidad e importancia del convenio regulador en orden a la separación/divorcio “de mutuo acuerdo”. Los nuevos arts. 82 y 87 se refieren a la “formulación” del convenio, a diferencia de la anterior redacción que empleaba la locución “propuesta”. Se trata de una simple alteración terminológica carente de consecuencias prácticas, como se infiere del número 2, párrafo tercero, del nuevo art. 90, que contempla el supuesto en el que, advertidos los otorgantes por el Secretario judicial o el Notario, del carácter dañoso o gravemente perjudicial de alguna de las cláusulas del convenio, “la aprobación de la (nueva) propuesta de convenio” corresponderá ya, exclusivamente, al Juez. Se marca así una diferencia importante, a lo que creo, entre que la tramitación de la separación/divorcio “de mutuo acuerdo” se lleve a cabo ante el Juez o, por el contrario, ante el Secretario judicial o el Notario, puesto que en el primer caso cabrá formular nuevas “propuestas” hasta que, finalmente, recaiga la homologación judicial (art.90.2, segundo párrafo), mientras que en el segundo tal posibilidad-se excluye indudablemente: cuando el Secretario judicial o Notario “considerasen que, a su juicio, alguno de ellos (de los acuerdos) pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para. . . lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este segundo caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”-(art. 90.2, párrafo tercero).

Aunque el art. 82 se refiera literalmente a la “formulación” del convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario”, no parece probable desde luego que la discusión y, en su caso, redacción de sus cláusulas,-sea tarea que vaya a desarrollarse (al menos en su integridad) ante los funcionarios antedichos. La propia referencia que el precepto efectúa a renglón seguido acerca de la necesaria intervención personal de los cónyuges en el otorgamiento, “sin perjuicio de-que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio”, parece obligue a concluir que los cónyuges comparecerán ante Secretario judicial o Notario con un texto (proyecto) de-convenio escrito (ya discutido y consensuado previamente,-en una labor en la que habrá resultado importante el asesoramiento de sus respectivos letrados), y será sobre ese texto previo sobre el que se desarrollará la labor “homologadora” del Secretario judicial o el Notario, prácticamente de modo idéntico a lo que ocurrirá en el caso de que la separación/divorcio “de mutuo acuerdo” se

tramite ante el Juez. Pensar, pues, que cuando se trate de tramitación judicial se tratará de “presentar” una propuesta de convenio, en tanto que cuando se trate de tramitación ante Secretario judicial o Notario, la “elaboración o confección” mismas del convenio van a llevarse a cabo ante dichos funcionarios (como quizá podría inferirse de la expresión “formulación del convenio ante Secretario o Notario”), dista mucho de ofrecerse en consonancia con la realidad, y con el propio designio legislativo, que no ha sido otro sino el de “ampliar” esa función homologadora del convenio regulador a funcionarios distintos de los jueces, a fin de “agilizar” así la tramitación de las crisis matrimoniales cuando exista, claro es, “mutuo acuerdo” de los cónyuges. Lo que ciertamente es bien distinto del propósito de cambiar sustancialmente, ahora con referencia al Secretario judicial o el Notario, la función-que venían desempeñando los jueces por cuanto a la homologación del convenio regulador se refiere.

Otra cosa es, lógicamente, que el texto (ya definitivo) del convenio se incorpore o-plasme en la escritura pública notarial o en el documento autorizado por el Secretario judicial.

Por lo demás, el contenido mínimo del convenio regulador, en clara continuidad con la legislación anterior,-viene fijado en el art. 90, al que se hará referencia posteriormente.

De otro lado, que en-el convenio regulador se deban determinar-“las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación” es de todo punto obvio. Más extraño resulta que en él deba constar asimismo “la voluntad inequívoca de separarse”, porque no acaba de entenderse del todo cuál es la realidad a la que se esté refiriendo el legislador. Y es que esa referencia a la “voluntad inequívoca”, de un lado, no venía recogida en la legislación anterior y, de otro, no se sabe muy bien cómo podrá apreciarse su-existencia. Bastará, creo, con que exista un “propósito serio” de separarse/divorciarse, pero ese propósito serio, a su vez,-deberá inferirse del hecho mismo de la formulación del convenio regulador. Resultaría del todo insostenible mantener que los funcionarios ahora competentes en orden a la homologación del convenio deberán “indagar”, “inquirir”, “preguntar” o, de cualquier modo, “interrogar” a los cónyuges acerca de la existencia de esa “voluntad inequívoca”, que incluso se ofrecería atentatorio a su derecho a la intimidad.-Luego en consecuencia, formulado el convenio, se inferirá sin más la existencia de esa “voluntad”. De otra parte, es asimismo obvio que, aun concurriendo dicha “voluntad”, ello no es óbice a una hipotética “reconciliación” posterior de los cónyuges separados (art. 84), que pondrá “término al procedimiento de separación (si este no hubiere concluido) y dejará sin efecto ulterior lo resuelto en él” (si ya hubiere finalizado).

La intervención de los cónyuges “en el otorgamiento” deberá llevarse a cabo “de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio”. Es, pues, en-la propia comparecencia y en-la prestación del consentimiento ante el Secretario judicial o-Notario (actuaciones, las dos, integrantes o constitutivas del. “otorgamiento” al que se refiere el precepto) el marco de actuaciones-en el que no cabría el juego de la representación.

Asimismo, “deberán otorgar el consentimiento... los hijos mayores o-menores emancipados... respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar” (art. 82. 1, párrafo segundo, inciso final).

Se trata la anterior de una regla que desgraciadamente tiene que ver, y mucho, con la ya más que prolongada crisis económica que sufre el-país. Y es que el legislador parte ya del dato inexorable representando por los miles de jóvenes mayores de edad que, al carecer de trabajo y consecuentemente de ingresos propios, carecen asimismo de cualquier otra alternativa que no sea la de “convivir en el domicilio familiar”. La referencia a los “menores emancipados” quizá se ofrezca innecesaria y responda en definitiva al prurito legislativo de referirse a ellos cuando, anteriormente, lo ha hecho a “los hijos mayores de edad”. La figura de la “emancipación” quizá se mantenga más por razones de pura “tradición” que por su misma utilidad, altamente discutible en un sistema como el nuestro en el que la mayoría de edad se alcanza sólo dos años después de cumplida la edad requerida para obtener aquélla.

De otra parte, no parece quepa duda en cuanto a que el carácter preceptivo de la prestación de consentimiento por parte de los hijos mayores de edad (y, en su caso, emancipados), que conviven en-el domicilio familiar, respecto a “las medidas que les afecten”, previsiblemente, constituirá en muchas ocasiones-fuente de conflictividad con sus progenitores, y que no en pocas de ellas es de temer llegue a impedir la homologación del convenio por parte del Secretario judicial o el Notario, a quienes además corresponde advertir, en su caso, a los otorgantes sobre el carácter “dañoso” o “gravemente perjudicial” de alguna de sus cláusulas para-esos hijos mayores o menores emancipados, supuesto en el cual, como es sabido, se “dará por terminado el expediente”, y no cabrá ya más vía-sino la de acudir ante el Juez “para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”.

Una vez afirmado ya en el párrafo primero del art. 81 que existiendo “hijos menores o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores”, la única vía para la separación “de mutuo acuerdo” es la judicial, resultaba innecesario reiterarlo de nuevo en el párrafo segundo del art. 82.

5. Por cuanto se refiere al art. 83, gana notablemente en extensión con la nueva redacción, -siquiera como simple consecuencia de que la separación “de mutuo acuerdo” pueda ahora tener lugar ante funcionarios distintos de los investidos de potestad jurisdiccional. En este sentido, el párrafo primero reproduce literalmente (a salvo, claro es, de las referencias al “decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine”) el tenor del precepto surgido de la reforma del 81 (“La sentencia de separación produce la suspensión de la vida común de los casados, y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica”). Son esos mismos efectos, los que ahora se extienden al “decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine”. Y, al menos desde una perspectiva puramente teórica, el único deber conyugal que queda en suspenso es el de convivencia, subsistiendo pues, en línea de principio, los de socorro y fidelidad (siquiera-*contra*-la opinión social más generalizada).

El párrafo segundo del precepto en análisis precisa que “los efectos de la separación... se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82”.

Las prisas en la redacción parece conduzcan a una cierta contradicción, por cuanto a “los efectos” de la separación se refiere, entre los párrafos primero y segundo del precepto en análisis, puesto que en el primero se alude “en abstracto” a unos efectos que se producen por la sentencia o decreto de separación o el otorgamiento de la escritura pública. Unos “efectos” que se producen ya, en tanto que en el párrafo segundo la producción de esos mismos efectos viene subordinada a “la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública”. ¿Se demora, o no se demora, -la producción de esos “efectos” a la circunstancia de que la sentencia sea firme, o lo sea el decreto o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública”? La cuestión quizá carezca de relevancia práctica cuando se trate de separación “de mutuo acuerdo” tramitada ante Secretario judicial o Notario, pero posiblemente sí la tenga cuando se trate de separación judicial, puesto que en tal caso, -y ateniéndonos a la literalidad de la norma, -habría que esperar al carácter firme de la sentencia para entender “producidos” esos efectos, firmeza del fallo para cuya obtención deberá transcurrir un periodo de tiempo (siquiera sea breve), -durante el cual habría que entender aun “no producidos” los susodichos efectos.

Cuando la separación, como se ha dicho, se tramite ante Secretario judicial igualmente deberá ser “firme” el decreto expedido por aquél-que la declare, y

finalmente, cuando lo sea ante Notario la “producción” de esos efectos tendrá lugar “desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública”. También en este supuesto, la dicción legislativa no deja de plantear dudas o interrogantes, porque mientras en el párrafo primero se habla del “otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador”, en el párrafo segundo el legislador se refiere a “la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública”. ¿Acaso cabría diferenciar aquí dos realidades, o dos momentos, plenamente diferenciadas, subordinando la “producción” de los efectos a que acontezca la segunda de ellas? ¿Hasta qué punto sería “separable” la fase de “otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador”, de la referida a “la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública”? ¿Cabría un “otorgamiento de la escritura pública del convenio” separada de “la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública”? Sea de ello-lo que fuere, diríase que el propósito legislativo fuere efectivamente el de diferenciar dos “fases” o “etapas” cuando la separación se tramite ante Notario, distinguiendo la fase misma del otorgamiento, y un momento ya posterior, concluyente, en el cual el consentimiento de los cónyuges se proyecte ya sobre el contenido del documento redactado por el Notario. La “producción” entonces de los efectos de la separación arrancarían de este segundo.

A diferencia de la regulación anterior en la que, al menos de modo expreso y por cuanto a la separación se refiere, no se hacía referencia a la inscripción de la sentencia en el Registro Civil, en la nueva redacción el párrafo segundo, inciso final del art. 83 establece que: “Se remitirá testimonio de la sentencia o decreto, o copia de la escritura pública al Registro Civil para su inscripción, sin que, hasta que esta tenga lugar, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe”.

6. Escasas son ciertamente las novedades que aporta el nuevo art. 84, referido (al igual que en su redacción anterior) a la “reconciliación” de los cónyuges separados. La coincidencia del texto es total y absoluta por cuanto se refiere al párrafo primero, precisando ahora el segundo que “Cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones”, añadiendo el párrafo tercero y último que “La reconciliación deberá inscribirse, para su eficacia frente a terceros, en el Registro Civil correspondiente”. Nada nuevo, pues, en lo atinente a este último párrafo. La necesaria inscripción de la reconciliación se infería (aun sin formulación expresa) de la anterior regulación, dada la exigencia de “ponerla en conocimiento del Juez que entendiera o hubiera entendido en el litigio”.

De otra parte, y tratándose de separación tramitada ante Secretario judicial o Notario, la reconciliación deberá venir formalizada, como se ha dicho, en “escritura pública o acta de manifestaciones”. Es de suponer que la opción de los cónyuges por una u otra estará en función, muy probablemente, del coste respectivo que deban sufragar. De otra parte, mientras el otorgamiento de la escritura pública corresponderá, exclusivamente, a los Notarios, el “acta de manifestaciones” podrá formalizarse por comparecencia de los cónyuges ante Notario, o ante Secretario judicial. Y, obviamente, en ambos casos, el Notario que proceda al otorgamiento de la escritura (en su caso, del acta) o el Secretario ante el cual se formalice el acta, podrán ser, o no, aquéllos ante los cuales se tramitó la separación.

7. La redacción que ahora recibe el art. 87 (referido a la disolución por divorcio “de mutuo acuerdo”), es reproducción siquiera abreviada (por remisión al 82) de la de este último (referido a la separación “de mutuo acuerdo”. Y puestos a abreviar, quizá se haya abreviado demasiado en la medida en que en el art. 82 se hacen constar, de modo expreso, requisitos que, probablemente, hubiere resultado más adecuado hacerlos constar, expresamente, en el artículo referido a la disolución del matrimonio por divorcio: me refiero concretamente al necesario transcurso de tres meses (contados desde la celebración del matrimonio) en orden a la separación o divorcio “de mutuo acuerdo”, al que, como digo, se alude expresamente en el art. 82, en tanto que en el 87 la exigencia se deduce de la remisión que se efectúa al 82 (“debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en el él” (art. 87). Y ello por cuanto desde la reforma del CC de 2005, la separación conyugal ha pasado a ser una figura “residual”, como demuestran más que cumplidamente las estadísticas hechas públicas por el CGPJ. Y lo dicho para el plazo es extensible, asimismo, “a fortiori”, a la circunstancia “impeditiva” referida a la existencia de “hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores”.

8. El artículo 89 sigue conservando, como no podría ser de otro modo, su carácter “nuclear” o “central” por cuanto se refiere a la disolución por divorcio. Claro es que, frente al inciso inicial de precepto en su redacción de 1981 (alusiva a la circunstancia de que la disolución del matrimonio “sólo podrá tener lugar por sentencia que así lo declare y producirá efectos a partir de su firmeza”), en la actual “Los efectos de la disolución por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el art. 87”. Y es que, precisado ya desde 1981, el momento de producción de los efectos del divorcio cuando

el procedimiento se tramita ante el Juez, ineludiblemente se imponía precisar ahora cuando la tramitación de-aquél-tenga lugar ante Secretario judicial o Notario. Lógicamente, siendo el carácter “firme” de la resolución sólo predicable de la “sentencia” o-del “decreto” que así lo declare, tratándose de divorcio ante Notario la producción de los efectos viene referida al momento de “manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública...”.

A razones puramente gramaticales, derivadas de la necesidad-de referir ahora no sólo a la sentencia, sino también al “decreto” y a la “escritura pública”, la inoponibilidad de aquellas a terceros de buena fe “sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil”, obedece la inclusión del término “respectiva” referido a la inscripción registral de cualquiera-de ellas.

9. En cuanto se refiere al art. 90, las alteraciones introducidas en su texto se ofrecen asimismo tributarias de la idea central de la reforma por Ley 15/2015, la de posibilitar el divorcio o la separación “de mutuo acuerdo” ante funcionarios no investidos de potestad jurisdiccional. Comparando así la nueva redacción respecto a la anterior, se constatan las siguientes diferencias: permanece inmutado el número 1, afectando las modificaciones a los números 2, 3 y 4. En cuanto al número 2, párrafo primero, la alteración, por lo demás levísima, se traduce en una modificación de su redacción, impuesta por lo que, tras la reforma, pasa a ser una “posibilidad”, y no ya una “necesidad”: la de que “los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación o divorcio (vengan) presentados ante el órgano judicial”, manteniéndose idénticos el resto del párrafo primero y el segundo (atinente al régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos). Mucho más sustancial desde luego es-la redacción que ahora recibe el párrafo tercero del citado número 2, y de la que se infiere una clara primacía de la homologación judicial del convenio regulador, frente a la posibilidad de formalización de aquél ante el Secretario judicial o Notario. Y es que en este segundo supuesto si “éstos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos (literalmente “de ellos”, de los acuerdos, “rectius”, “de las cláusulas” del acuerdo) pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los otorgantes y darán por terminado el expediente. En este caso, los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador”. Hay que elogiar aquí la prudencia del legislador, prudencia que se deja ver asimismo en la inaplicabilidad del divorcio/separación “de mutuo acuerdo” ante Secretario judicial o Notario, en el caso de que existan “hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores”.

El párrafo se cierra ahora con una referencia a la “aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública”, momento a partir del cual “los acuerdos podrán hacerse efectivos por la vía de apremio”.

Finalmente, en el número 3 del precepto,-presupuesta la posibilidad de alteración, en su caso, de las medidas adoptadas en los acuerdos formalizados-ante el Secretario judicial o en escritura pública, “cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de circunstancias de los cónyuges”, “podrán (aquellas) ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código”. La circunstancia de que el acuerdo originario se formalizara, por ejemplo, ante Secretario judicial, o, por el contrario, ante Notario, no empece lo más mínimo para que ese “nuevo acuerdo” de modificación del primero pueda, a su vez, venir formalizado ante funcionario distinto de aquél ante el cual se formalizó el acuerdo que ahora se modifica.

Ningún comentario merece, por ser asimismo, consecuencia obligada de la idea directriz de la reforma que, juntamente con el Juez, se menciona-a “las partes” en orden al establecimiento (“podrán establecer”) de “las garantías reales o personales que requiera el cumplimiento del convenio” (art. 90, número 4).

10. La modificación del art. 95 afecta únicamente a su párrafo primero, con una levisima alteración por razones de estilo en el segundo (sustituir la forma verbal en presente (“Si la sentencia de nulidad declara la mala fe...”) por el condicional (“deklarara”).

El párrafo primero gana sensiblemente en contenido frente a la redacción surgida de la reforma de 1981. Y es que frente a la escueta declaración anterior que, lógicamente, se refería solo a la “sentencia firme” como productora de la disolución del régimen económico del matrimonio, la actual lo hace no sólo a “la sentencia firme”, sino también al “decreto firme” o a “la escritura pública que formalicen el convenio regulador”, que “producirán, respecto de los bienes del matrimonio,-la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto”.

No acaba de verse la razón de que, ahora, y a diferencia de la redacción de 1981, la norma se refiera a “la disolución o extinción” del régimen. ¿Acaso “la disolución” no implica-“extinción” del mismo?,-¿Cabría pensar quizá en un cierto propósito “didáctico” o “pedagógico” del legislador, tendente a “dejar claro” que la “disolución” de un régimen económico matrimonial” implica el final del régimen? Si así fuera, carecería de toda lógica.

La nueva redacción del párrafo primero concluye ahora afirmando que “la sentencia, el decreto o la escritura” (prescindamos ahora del carácter “firme” de las dos primeras resoluciones), amén de producir la disolución del régimen económico matrimonial, “aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto”. Es sabido que, si bien de ordinario, dicha liquidación procederá cuando se esté en presencia de un régimen económico de comunidad (sociedad de gananciales, participación en ganancias, etc.), de algún modo también habrá que practicarla cuando el régimen sea el de separación de bienes. Lo que sí resulta significativo en el texto surgido de la reforma de 2015, es la posibilidad misma de que la sentencia, el decreto o la escritura (todas ellas “firmes”, déjese al margen la impropiedad de referir asimismo la “firmeza” a la escritura notarial), y que formalizan el convenio regulador, puedan dejar fuera de ese ámbito de formalización la “liquidación” del régimen, si no hubiere mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto. Y es que la “liquidación” del régimen económico matrimonial forma parte del “contenido mínimo” que en todo caso (por imperativo del art. 90.1, e) deberá reflejar el convenio. Es, pues, uno de los extremos a los que aquél deberá referirse. Luego en consecuencia no cabe sino deducir que, al menos en un primer momento, digamos el de elaboración, redacción y tramitación del convenio regulador ante cualquiera de los funcionarios competentes para su “formalización”, hay que presumir necesariamente la existencia de mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto. Si posteriormente, en el momento de la “formalización” definitiva, quedase fuera de aquella “la liquidación” (por inexistencia de mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto), quiérese decir que, aun habiéndose formalizado el convenio, la “liquidación” del régimen vendrá demorada a un momento posterior: el momento en el que ese “mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto” exista o tenga lugar.

El legislador, pues, reconoce y admite la posibilidad misma de que la postura de cada cónyuge respecto a la liquidación del régimen pueda cambiar, o experimentar alteración, en el curso de la tramitación misma del convenio regulador, y que, en consecuencia, las posiciones iniciales (las de admisión a trámite del proyecto de convenio) no sean ya las existentes en el momento de la “formalización” definitiva de aquél. Para tal caso, la “disolución” del régimen no irá acompañada de su “liquidación”, demorada (como se ha dicho) a un momento posterior.

De nuevo llama la atención la imperfección gramatical del legislador en este párrafo primero, refiriéndose en plural a la sentencia, decreto o escritura pública, que “producirán” la disolución del régimen, para a continuación, olvidando la necesaria concordancia, referirse ya en singular a “y aprobará su liquidación”, siendo así que la aprobación, en su caso, se imponía referirla también en plural a las tres resoluciones anteriores (“y aprobarán su liquidación”).

11. En el artículo 97, recibe nueva redacción el último párrafo, impuesta de un lado por la atribución al Secretario judicial y al Notario de funciones que hasta ahora correspondían al Juez, y de otro, por la oportunidad de llevar a aquél extremos que, o bien se inferían siquiera implícitamente de otros preceptos-(así la duración o el momento de cese de la pensión, cuya necesidad de fijación se deducía implícitamente del carácter temporal que, en su caso, tuviere aquélla), o convenía “reagrupar” conjuntamente.

“En la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o el Notario se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad”.

12. Retoques puramente de estilo son los sufridos por el artículo 99, en el que la alteración se reduce, de un lado,-a suprimir la referencia “conforme al artículo 97”, que se contenía inmediatamente después del inciso “la pensión fijada judicialmente” (redacción de 1981), y de otro, añadir ahora: “o por convenio regulador formalizado conforme al artículo 97”. Es claro así que el art. 97 alberga los criterios que deberán ser tenidos en cuenta en la fijación de la compensatoria,-tanto si esa fijación se lleva a cabo por el Juez en el curso de un procedimiento contencioso, o de mutuo acuerdo, como si lo fuere en la tramitación de un convenio regulador ante Secretario judicial o Notario. Pero “remachar” esa proyección general del 97, quizá resulte superfluo, puesto que siempre que se pretenda fijar una compensatoria es claro que habrá que estar a tales criterios. De otra parte, referirse, como hace literalmente el legislador, al “convenio regulador formalizado conforme al artículo 97”, es erróneo por completo. El convenio regulador “no se formaliza” conforme al artículo 97, sino que será la pensión compensatoria pactada, en su caso, en el marco de un convenio “formalizado” de conformidad con otros preceptos que no son, desde luego, el art. 97, la que deberá sus criterios de determinación a las reglas, no exhaustivas desde luego, que aparecen recogidas en el citado art. 97.

13. La nueva redacción del art. 100 gana en amplitud, por cuanto pasa de un párrafo a dos, y las alteraciones son aquí sustanciales o de fondo. El párrafo primero establece: “Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen”.

Es evidente que se está contemplando un divorcio/separación ante el Juez, y es asimismo evidente que es indiferente que el divorcio/separación lo haya sido contencioso o “de mutuo acuerdo”. En tal caso, la modificación en el

importe de la pensión exigirá “alteraciones” en la fortuna de alguno de los cónyuges. Significativamente, ha desaparecido en la nueva redacción el adjetivo “sustanciales” (“alteraciones sustanciales”) que se contenía en el texto proveniente de 1981. La supresión, indudablemente, se traducirá en una notable ampliación de los márgenes de apreciación de los jueces acerca de cuando existan, o no, alteraciones que deban incidir en el importe fijado en su día.

A su vez, el párrafo segundo dispone que “La pensión y las bases de actualización fijadas en el convenio regulador formalizado ante el Secretario judicial o Notario podrán modificarse mediante nuevo convenio, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código”.

Es innegable que, mientras la pensión y bases para su actualización fijadas por sentencia, se presentan digamos con un elevado grado de rigidez. Las modificaciones precisarán en todo caso “alteraciones” (siquiera no ya necesariamente “sustanciales”) en la fortuna de uno u otro cónyuge, no parece pueda predicarse esta característica en el caso de que la pensión, y bases de actualización de la misma, vengán fijadas en un convenio regulador ante Secretario judicial o Notario. Aquí el grado de autonomía de los interesados se ofrece notablemente mayor, por cuanto bastará un nuevo convenio, en orden a la introducción de modificaciones, sin que por lo demás aluda el legislador a causas algunas determinantes, o que deban ser tomadas necesariamente en consideración, en orden a tales alteraciones. De nuevo, una importante diferencia “cualitativa” o “de fondo” entre la figura del divorcio/separación judiciales y las tramitadas ante otros funcionarios.

