



SEPARACION O DIVORCIO NO JUDICIAL

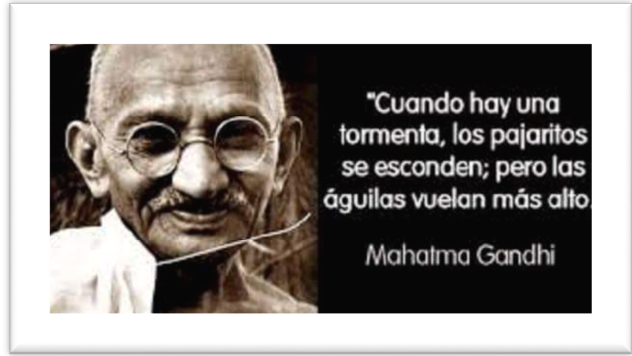
Septiembre 2016

Por Francisco Javier Pérez-Olleros Sánchez-
Bordona

Cuando Dios creó el Mundo vio que era bueno. ¿Qué dirá ahora? George Bernard Shaw.



La Ley 15/2015 de 2 de julio de la jurisdicción voluntaria, que entró en vigor el 23 de julio de 2015, introdujo por primera vez en nuestro ordenamiento jurídico las separaciones matrimoniales o divorcios ante Notario o decretadas por Letrados de la Administración de Justicia, cuando fueren de mutuo acuerdo y no tuvieren hijos menores no emancipados o con capacidad modificada judicialmente, y sobre ello trata este artículo.



SUMARIO: I.- REQUISITOS DE LA DEMANDA O SOLICITUD. II.- SEPARACIÓN Y DIVORCIO CON EXTRANJEROS. III.- POSTULACIÓN. IV.- RATIFICACIÓN Y AUTORIZACIÓN O APROBACIÓN DEL CONVENIO REGULADOR. V.- NATURALEZA Y CONTENIDO DEL CONVENIO REGULADOR. VI.- TRANSFORMACIÓN DE CONTENCIOSO A MUTUO ACUERDO Y COMPETENCIA. VII.-MODIFICACIÓN Y RECONCILIACIÓN. VIII.- EJECUCIÓN. IX.- COSTE DEL PROCEDIMIENTO. X.- FISCALIDAD DE LOS ACUERDOS LIQUIDATORIOS EN CONVENIO REGULADOR.



I.- REQUISITOS DE LA DEMANDA O SOLICITUD

Se efectuó la reforma modificando fundamentalmente los artículos 82 (separación), 87 (divorcio), 90 (Convenio Regulador) del Código Civil (en adelante CC), el artículo 777.10 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (en adelante LEC), y el artículo 54 de la Ley del Notariado (LN, en adelante), y artículo 61 de la Ley del Registro Civil¹.

¹ El artículo 61 de la LRC entra en vigor a partir del 30/06/2017, referente a la inscripción de la separación, nulidad y divorcio: "El Secretario judicial del Juzgado o Tribunal que hubiera dictado la resolución judicial firme de separación, nulidad o divorcio deberá remitir en el mismo día o al siguiente hábil y por medios electrónicos testimonio de la misma a la Oficina General del Registro Civil, la cual practicará de



Cabe la separación o divorcio notarial o por Letrado de la Administración de justicia, alternativamente y sin causa, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio (art. 82 CC)².

Se requiere además que sea consensuada, y sus efectos se producirán desde la firmeza del decreto que así la declare, o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en la escritura pública (artículo 83 CC).

Si hubiere hijos menores no emancipados o con capacidad modificada (incapacitados)³, el divorcio o la separación puede también tramitarse de mutuo acuerdo, mediante el procedimiento judicial previsto en el artículo 777 de la LEC, en el que el Juez oirá a los hijos menores que

forma inmediata la correspondiente inscripción. Las resoluciones judiciales que resuelvan sobre la nulidad, separación y divorcio podrán ser objeto de anotación hasta que adquieran firmeza.

La misma obligación tendrá el Notario que hubiera autorizado la escritura pública formalizando un convenio regulador de separación o divorcio. Las resoluciones judiciales o las escrituras públicas que modifiquen las inicialmente adoptadas o convenidas también deberán ser inscritas en el Registro Civil.

Las resoluciones sobre disolución de matrimonio canónico, dictadas por autoridad eclesiástica reconocida, se inscribirán si cumplen los requisitos que prevé el ordenamiento jurídico”.

² El artículo 81 del CC exime de la espera de tres meses en los casos de violencia de género o doméstica que señala, pero en tales supuestos entiendo, aunque no lo determine la reforma, que se requiere la intervención judicial y del Ministerio Fiscal, y por lo tanto quedan fuera de la competencia de Secretarios y Notarios.

³ La incapacidad es un estado civil, que conlleva la privación de la capacidad de obrar de una persona mediante sentencia judicial. Supone una enfermedad o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico, que impiden a la persona gobernarse por sí misma. Los menores de edad podrán ser incapacitados cuando concurra en ellos causa de incapacidad y se prevea que la misma persistirá después de la mayoría de edad (artículos 200 y 201 del CC).

No toda deficiencia invalidante da lugar a que pueda decretarse la limitación de la capacidad de obrar de la persona, y en todo caso requiere que se declare por sentencia judicial firme (artículo 199 del CC). Por otra parte, existen incapaces, incluso con minusvalías y dependencias reconocidas respecto de los que no se ha instado la declaración judicial de incapacidad judicial.

La reforma no detalla en estos casos la competencia notarial o del Letrado de la Administración de Justicia.



tuvieren suficiente juicio cuando lo estime necesario o a petición del Ministerio Fiscal; y examinado el Convenio Regulator (CR en adelante), previo informe del Ministerio Fiscal sobre la procedencia del convenio en lo relativo al interés de los hijos menores o con capacidad judicial modificada, el Juez concederá en su caso la separación o el divorcio y aprobará en todo o en parte el CR propuesto⁴.

No concreta la ley si deben ser hijos comunes, por lo que no cabe extender la competencia al Letrado de la Administración de Justicia o al Notario si existen en el matrimonio hijos menores o con capacidad judicial modificada, de otra relación.

Si la mujer se encuentra embarazada en el momento de solicitarse la separación o el divorcio también el procedimiento tiene que ser judicial, puesto que al concebido se tiene por nacido para todos los efectos que le sean favorables (artículo 29.2 del CC).

Los hijos mayores o menores emancipados que convivan en el domicilio familiar y carezcan de independencia económica deberán otorgar el consentimiento respecto de las medidas que les afecten (artículo 82.1 CC)⁵.

⁴ El control judicial de los acuerdos en los procedimientos de mutuo acuerdo judiciales debe llevarse a cabo, aunque se hubieren conseguido a través de una mediación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, que regula la mediación en asuntos civiles y mercantiles, y pese a que la misma establece en su artículo 23, que dichos pactos son vinculantes, y que contra los acuerdos sólo podrá ejercitarse la acción de nulidad por las causas que invalidan los contratos (Audiencia Provincial de Barcelona, Sentencia 317/2016, de 5 de mayo).

La anterior doctrina cabe hacerla extensiva al control de legalidad que debería llevar el Notario que extienda el acta de separación o divorcio, o el Letrado de la Administración de Justicia que conozca del procedimiento de mutuo acuerdo sin hijos menores o incapaces.

⁵ Este requisito es consecuencia del derecho de los hijos a la prestación de alimentos aunque hayan alcanzado la mayoría de edad, cuando conviven con los padres y se encuentran en una situación de necesidad no imputable a ellos, según se deduce de los artículos 39-3 Constitución Española y 93.2 del Código Civil. No obstante, este derecho de los hijos mayores de edad no deriva de la patria potestad, sino que se configura como un derecho a percibir alimentos en sentido estricto, sujeto a la regulación de los artículos 142 y siguientes, y por tanto, le serán



Sin embargo, en el procedimiento de mutuo acuerdo judicial, no se prevé la audiencia de los hijos mayores de edad o incapacitados judicialmente.

La petición de separación o divorcio en el Juzgado adoptará la forma de demanda prevista en el artículo 399 de la LEC, y con la misma debe aportarse el CR, y el resto de documentos a que hace referencia el art. 777.2 de la LEC, que son comunes para el procedimiento de mutuo acuerdo competencia del Juez o del Letrado de la Administración de justicia, y que son la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar.

Además, respeto de la separación o divorcio por Letrado de la Administración de Justicia o en expediente notarial, la inexistencia de

aplicables las causas de extinción de los artículos 150 y 152 CC, lo que deberá ser tenido en cuenta por el Letrado de la Administración de Justicia o Notario.

Téngase en cuenta que también en un procedimiento contencioso de modificación de medidas, solicitando dejar sin efecto la medida de pensión de alimentos en favor de un hijo mayor de edad, alguna jurisprudencia menor ha entendido que estamos en un supuesto de litisconsorcio pasivo necesario, de los previstos en el artículo 12.2 de la LEC, y que por lo tanto la demanda, en casos controvertidos, debe dirigirse no sólo contra el otro progenitor, sino también contra el hijo mayor de edad (sentencia de la Audiencia Provincial de La Coruña de 21 de septiembre de 2007, Id. Cendoj: 15030370032007100376).

Pero si la causa de extinción del derecho a la pensión de alimentos del hijo mayor es evidente, como ocurriría si está trabajando y tiene independencia económica, de suerte que no le sea necesaria la pensión alimenticia para su subsistencia, también la jurisprudencia menor acepta el cese del abono de dicha pensión, sin necesidad de acudir al procedimiento de modificación de medidas, para evitar un abuso o un enriquecimiento injusto (sentencia de la sección 22 de la Audiencia Provincial de Madrid, de 23 de octubre de 2007, Id Cendoj: 28079370222007200244), y en esos casos no sería necesario el consentimiento del hijo afectado.

En tal sentido, en el Acuerdo 14, de los alcanzados para la unificación de criterios las Secciones especializadas de la Audiencia Provincial de Madrid, de 1 de junio de 2015, se estableció que si durante la ejecución se acredita que en el hijo mayor de edad alimentista no concurren los requisitos del artículo 93.2 Código Civil, en el propio proceso de ejecución cabe declarar inexigible la prestación.



hijos menores se puede acreditar con el Libro de Familia y certificado de nacimiento de los hijos que expide el Registro Civil, donde constaría la posible emancipación del menor.

En cuanto a la capacidad de los hijos mayores sólo cabe exigir una manifestación al respecto de las partes, pues no puede exigirse una prueba de que no son incapaces para entender y consentir los acuerdos que les afectan, pues sería una prueba diabólica.

La convivencia de los hijos en el domicilio familiar puede probarse por la manifestación de las partes y el certificado de empadronamiento de la unidad familiar, que además es exigible a los efectos de acreditar el domicilio de los cónyuges, y por tanto la competencia del Tribunal o Notario.

El Letrado de la Administración de Justicia competente será el del Juzgado de Primera Instancia, en su caso especializado en familia, del domicilio común o el de cualquiera de los solicitantes (artículo 769.2 de la LEC).

Lo anterior sin perjuicio de la competencia objetiva de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, derivada del artículo 87 ter .2 y 3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y de lo previsto en el artículo 49 bis de la LEC.

El Notario competente es el que elijan los interesados de la localidad del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes (artículo 54.1 de la Ley del Notariado).

Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.



II.- SEPARACIÓN Y DIVORCIO CON EXTRANJEROS

El Notario español sería competente de una separación y/o divorcio de mutuo acuerdo cuando al menos en España se encuentre la residencia habitual de uno de los cónyuges (artículo 3. 1 letra a, cuarto apartado); también cuando ambos tengan la nacionalidad española (artículo 3. 2), según lo establecido en el **Reglamento CE (nº) 2201/2003 (Bruselas II bis)**, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

En el ámbito de la Unión Europea se reconocería la separación o divorcio acordada en expediente notarial, sin necesidad de exequatur, al amparo del Reglamento CE (nº) 2201/2003 (Bruselas II bis), puesto que el artículo 2.1 del mismo considera autoridades con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento, a las que designe la legislación de cada Estado miembro ⁶.

Si se trata de una separación o divorcio de dos extranjeros, se aplicará generalmente la Ley española, pues la norma de conflicto, es decir, la que determinaría la Ley aplicable al divorcio y a la separación notarial o por Letrado de la Administración de Justicia, sería el artículo

⁶ Normalmente en la escritura notarial o decreto del Letrado de la Administración de Justicia se recogerá un pronunciamiento sobre la competencia y ley aplicable, para evitar dudas a los efectos de su reconocimiento por otro Estado, que indique que desde el veintitrés de julio de dos mil quince, los Notarios y Letrados de la Administración de Justicia españoles son competentes para autorizar escrituras públicas de separación matrimonial y de divorcio o decretar divorcios, de conformidad con lo previsto en la disposición final 21, apartado primero de la Ley 15/2015, de jurisdicción voluntaria, y conforme al artículo 3 del Reglamento CE (nº) 2201/2003.

Y otro fundamento a los mismos efectos sobre la elección de la Ley aplicable al divorcio o separación, indicando que ambos cónyuges, por el convenio regulador que presentan y ratifican, declaran su elección de que la Ley aplicable sea la española, a los efectos previstos en el artículo 5 del Reglamento (UE) No 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 (Roma III).

5 del **Reglamento (EU) nº 1259/2010, (Roma III)**, que permite que los cónyuges elijan la Ley aplicable a su divorcio, entre las reflejadas en el mismo, y porque conforme a su artículo 3.2 “**órgano jurisdiccional**” **son todas las autoridades de los Estados miembros participantes con competencia en las materias incluidas en el ámbito de aplicación de este Reglamento 1259/2010, y los Estados establecen quienes son órganos jurisdiccionales según su propia Ley.**



III.- POSTULACIÓN

La solicitud o demanda, con el Convenio Regulador, redactado por Abogado en ejercicio, y los demás documentos a que nos hemos referido, así como los de identidad de los esposos, serán requeridos para que se decrete la separación o el divorcio por decreto del Letrado de la Administración de Justicia o por escritura notarial.

Se mantiene como preceptiva la representación por Procurador de los Tribunales, en el procedimiento de mutuo acuerdo en el juzgado, además de la asistencia Letrada, si bien cabe que se solicite con un sólo Letrado y Procurador, pues en todo caso tiene que ser una solicitud consensuada (artículo 750 de la LEC).

Si tramitan la separación o divorcio ante el Notario, no se necesita representación profesional por Procurador, pero los cónyuges deben estar asistidos en el otorgamiento de la escritura de Letrado en ejercicio (artículo 54.2 LN), que será el que redacte el Convenio Regulador.

Cuando se solicite el reconocimiento del derecho de beneficio de justicia gratuita, y por tanto para la solicitud de nombramiento de Letrado de oficio, y en caso de demanda ante el juzgado también



Procurador de oficio, **la disposición final decimonovena de la Ley de Jurisdicción Voluntaria señala que la acreditación se realizará en la misma forma prevista en la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita.**

Para que se conceda el beneficio de justicia gratuita para interponer una demanda o una solicitud de separación o divorcio de mutuo acuerdo, la solicitud debe estar firmada por ambos cónyuges.

Se reconocerá el derecho de asistencia jurídica gratuita a aquellas personas físicas que careciendo de patrimonio suficiente cuenten con unos recursos e ingresos económicos brutos, computados anualmente por todos los conceptos y por unidad familiar, que no superen dos veces y media el indicador público de renta de efectos múltiples (IPREM), vigente en el momento de efectuar la solicitud cuando se trate de personas integradas en algunas de las modalidades de unidad familiar con menos de cuatro miembros.

En el año 2016 sería el límite de 15.975,33 € de ingresos brutos, o 19.170,39 € (triple del IPREM) cuando se trate de unidades familiares integradas por cuatro o más miembros.

En estos casos de mutuo acuerdo se computan los ingresos de toda la unidad familiar porque no hay intereses contrapuestos, a diferencia de los procedimientos contenciosos de separación o divorcio, y se computan los ingresos brutos porque así lo exige la Ley 1/1996.

Conforme al artículo 4.2 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, que regula la Asistencia Jurídica Gratuita, para valorar la existencia de patrimonio suficiente **también se tendrá en cuenta la titularidad de bienes inmuebles** siempre que no constituyan la vivienda habitual del solicitante, **así como los rendimientos del capital mobiliario.**



Pueden solicitar el reconocimiento del derecho a la justicia gratuita los ciudadanos españoles, los nacionales de otros Estados Miembros de la Unión Europea y los extranjeros que estén en España.

Cabe un **reconocimiento excepcional** para los que rebasen los anteriores límites de rentas, pero que **no excedan del quíntuplo del IPREM, y exista una carencia de patrimonio, atendiendo a las circunstancias familiares**, de salud, no discriminación, discapacidad, siempre que se actúe en nombre e interés propio. Las circunstancias de salud o discapacidad deben guardar relación con el reconocimiento excepcional (artículo 5 de la Ley 1/1996).

Los **Servicios de Orientación Jurídica** (SOJ) dependientes de los Colegios de Abogados son los encargados de orientar previamente a los solicitantes de asistencia jurídica gratuita, así como de informar sobre el cumplimiento de los requisitos necesarios para el reconocimiento de dicho derecho.

Los abogados adscritos al SOJ son igualmente los encargados de cumplimentar los impresos de solicitud, de indicar a los solicitantes la documentación necesaria a aportar junto con el impreso de solicitud, y los que, a la vista de la solicitud y documentación, resuelven provisionalmente la concesión o no de la asistencia jurídica gratuita.

En algunos casos se ha venido solicitando el reconocimiento del derecho de Justicia Gratuita por demanda de procedimiento de mutuo acuerdo, interpuesta por un sólo cónyuge, que es el que solicita el beneficio de justicia gratuita, aunque se indica en la misma que se interpone con el consentimiento del otro cónyuge, quien en estos casos participa en el procedimiento sin contar con representación profesional y defensa por Abogado, pero firmando el Convenio Regulator que ha redactado el Letrado del Turno de Oficio del otro cónyuge.



Estas **demandas o peticiones de un sólo cónyuge con el consentimiento del otro**, se fundamentan en lo dispuesto en los artículos 81 y 86 del Código Civil, y artículo 777.1 de la ley de Enjuiciamiento Civil, que permiten esta posibilidad alternativamente.

Entiendo que tal enfoque de la demanda o petición notarial se producirá cuando uno de los dos miembros del matrimonio acepta el divorcio o la separación, pero no quiere llevar la iniciativa en su tramitación, lo que también es posible en las separaciones o divorcios ante el Letrado de la Administración de Justicia, incluso en expediente notarial.

La presentación de estas demandas de un sólo cónyuge o de estas solicitudes de autorización de escritura notarial, no exime de la ratificación personal por ambos cónyuges del convenio regulador, ni que se compute todos los ingresos de la unidad familiar completa, y por tanto, de ambos cónyuges, a los efectos del reconocimiento del beneficio de la justicia gratuita.

El titular del derecho de asistencia jurídica gratuita únicamente vendrá obligado a abonar los honorarios de Abogado y en su caso los del Procurador de los Tribunales, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso viniese a mejor fortuna.

Además, en cuanto a los derechos arancelarios que correspondan por el otorgamiento de escrituras públicas y por la obtención de copias y testimonios notariales sólo tiene que abonar un 20% del importe total, al igual que por los derechos arancelarios que correspondan por la obtención de notas, certificaciones, anotaciones, asientos e inscripciones en los Registros de la Propiedad y Mercantil.

Por tanto, el Letrado que intervenga en el procedimiento o expediente Notarial, en virtud de su designación por Turno de Oficio, como principio general, no podrá pasar minuta de honorarios a su cliente por



las actuaciones realizadas, ni al cónyuge que no interpuso la demanda o inició el expediente notarial, pero lo consintió, e incluso aceptó el Convenio Regulador que redactó dicho Letrado designado.

Sin embargo, sí que podrá pasarle minuta cuando al cliente se le haya denegado el derecho de asistencia jurídica gratuita, o cuando no lo haya solicitado y, por consiguiente, no le haya sido reconocido tal derecho (artículo 27 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita⁷), o cuando habiendo sido reconocido el derecho al cliente renuncia al mismo.

En orden a hacer uso de la asistencia jurídica gratuita, rige la regla que imposibilita simultanear abogado de oficio y procurador libremente elegido, o viceversa. Como excepción a esta regla, el artículo 27 citado permite simultanear profesionales de oficio y libremente

⁷ Artículo 27 de la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, relativo a los efectos del reconocimiento del derecho, señala:

“El reconocimiento del derecho a la asistencia jurídica gratuita llevará consigo la designación de abogado y, cuando sea preciso, de procurador de oficio, sin que en ningún caso puedan actuar simultáneamente un abogado de oficio y un procurador libremente elegido, o viceversa, salvo que el profesional de libre elección renunciara por escrito a percibir sus honorarios o derechos ante el titular del derecho a la asistencia jurídica gratuita y ante el Colegio en el que se halle inscrito.

Si el derecho no fuera reconocido, los profesionales intervinientes podrán percibir de sus defendidos o representados los honorarios correspondientes a las actuaciones practicadas”.

El solicitante del beneficio de asistencia jurídica gratuita puede renunciar expresamente a la prestación de representación y defensa, por medio de la solicitud del modelo normalizado del anexo I.I del Reglamento de asistencia jurídica gratuita - Real Decreto 996/2003, de 25 de julio, por el que se aprueba el Reglamento de asistencia jurídica gratuita- (el artículo 28 de la Ley 1/1996 de Asistencia jurídica gratuita dispone: quienes tengan derecho a la asistencia jurídica gratuita podrán renunciar expresamente a la designación de abogado y procurador de oficio, nombrando libremente a profesionales de su confianza debiendo constar expresamente este extremo en la solicitud y afectando simultáneamente esta renuncia al abogado y procurador. La renuncia posterior a la designación, que, asimismo, deberá afectar simultáneamente al abogado y procurador designados de oficio, tendrá que ser comunicada expresamente a la Comisión de Asistencia Jurídica Gratuita y a los correspondientes Colegios Profesionales y no implicará la pérdida de las demás prestaciones reconocidas en la concesión del derecho de asistencia jurídica gratuita).

El Abogado de oficio al minutar al propio cliente debe tener en cuenta el límite del artículo 36.3 de la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, es decir, con el límite de que los gastos en este caso del procedimiento no superen la tercera parte del obtenido.

elegidos, siempre que éstos últimos renuncien por escrito a sus honorarios.

La circunstancia de que el cliente, una vez iniciado el procedimiento y habiendo intervenido un abogado del turno de oficio, designe un abogado de forma particular, no supone que haya renunciado al derecho de asistencia jurídica gratuita, y por consiguiente, si tiene reconocido tal derecho, el Letrado designado por Turno de Oficio, no podrá pasarle minuta por sus actuaciones, si bien tendrá derecho a la retribución del Turno de Oficio que corresponda por las actuaciones realizadas que acredite, con arreglo al baremo vigente.

Lo anterior supone que la posibilidad de que el abogado del Turno de Oficio pase minuta a su propio cliente, está en función de que éste tenga reconocido o no el derecho de asistencia jurídica gratuita, o de la renuncia al derecho caso de habersele reconocido, y no de que decida designar a un abogado particular.

En aquellos supuestos en que el Letrado interviniente por Turno de Oficio, de acuerdo con lo expuesto anteriormente, tenga derecho pasar al cliente minuta de honorarios, entiendo que habrá de ajustarse a los criterios orientativos vigentes en el Colegio de Abogados respectivo.

Cuando en un asunto en el que esté interviniendo un abogado designado por turno de oficio, el cliente encomiende su defensa a un Letrado particular, éste deberá solicitar la venia con arreglo a la normativa general, es decir, por escrito y con carácter previo a la intervención.

Si la solicitud se produce verbalmente, como sucede en algunas ocasiones, el Letrado del Turno de Oficio no debe cesar en su actuación hasta comprobar que efectivamente el Letrado particular queda designado en el procedimiento judicial o expediente notarial.



IV.- RATIFICACIÓN Y AUTORIZACIÓN O APROBACIÓN DEL CONVENIO REGULADOR

En el caso de los expedientes notariales, el matrimonio tiene que acudir a la notaría acompañados cada uno de su abogado en ejercicio, o de uno sólo para ambos, y del Convenio Regulador firmado.

Lo mismo para las demandas ante el Letrado de la Administración de Justicia (LAJ en adelante) en el juzgado. Las demandas irán firmadas por abogado en ejercicio, o por uno de cada cónyuge, y con representación profesional de Procurador de los Tribunales, adjuntando el Convenio Regulador (CR en adelante) firmado por los dos cónyuges, aunque se presente la demanda por uno sólo con el consentimiento del otro.

El **CR** se ratificará en el juzgado o notaría asistidos por el abogado, ante el **LAJ** o Notario, en la fecha que se fije para ello.

Destaco que una diferencia importante en los expedientes notariales es que no requieren de representación profesional por Procurador de los Tribunales.

No se exige que sea necesaria la confluencia personal a la vez de los cónyuges e hijos mayores de edad dependientes y que convivan, ante el **LAJ** o Notario, por lo que podrían ser citados en días y horas distintas en casos de que hubiere razón para ello, aunque por economía procesal serán citados normalmente en el mismo día y hora.



Es positivo en la mayoría de los casos que acudan al acto de la ratificación los dos cónyuges con sus Letrados, y en su caso los hijos mayores afectados, e incluso, si el **CR** se obtuvo tras una mediación, podría ser conveniente la asistencia del mediador al acto de elevación a público del acuerdo de mediación, pese a que su asistencia no es requerida por la Ley, pues son múltiples las incidencias que pueden surgir en el momento de la ratificación, y es muy posible que el mediador que ha conducido el proceso pueda contribuir a su pronta resolución si comparece ante el notario o **LAJ**, evitando que en el último momento se rompa el acuerdo⁸.

⁸ Entre los documentos que deben aportarse a las demandas de mutuo acuerdo está el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar (artículo 777.2 de la LEC).

Conforme a la Ley 5/2012, de 6 de julio (LM en adelante), el acuerdo de mediación debe quedar documentado en el acta final (artículo 22.3 de la LM), y para que tales acuerdos constituyan un título ejecutivo deben ser elevados a escritura pública (artículo 23.3 LM).

En la práctica de la mediación familiar y de pareja, una vez que las partes han negociado todos los puntos, y formulados los acuerdos, el mediador redactará el Proyecto de Acuerdo o de Entendimiento, según las decisiones tomadas por las partes, presentándoselo a ambos para que lo lean y comenten cada uno de los puntos, recogiendo los acuerdos en un acta final, que se llevará a su abogado, y éste, de acuerdo con el documento, le dará forma jurídica a través del Convenio Regulador, para su presentación y aprobación por el **LAJ** (aprobandos los acuerdos y decretando la separación o divorcio), o por Notario (escritura de separación o divorcio), o en su defecto o cuando existan hijos menores o con capacidad judicial modificada, por el Juez.

El acuerdo puede ser total o parcial, debiendo valorarse si su alcance cubre el contenido mínimo de un **CR** que permita una separación o divorcio de mutuo acuerdo.

Si no se alcanza un acuerdo en la mediación, las partes no pueden utilizar en el proceso judicial contencioso los hechos conocidos en el proceso de mediación, excepto: a) Cuando las partes de manera expresa y por escrito les dispensen del deber de confidencialidad. b) Cuando, mediante resolución judicial motivada, sea solicitada por los jueces del orden jurisdiccional penal. (artículo 9 de la ley 5/2012).

Sería muy positivo que desde los Servicios de Orientación Jurídica se derivaran los conflictos de forma normalizada a servicios de mediación y terapia familiar y de la pareja, con experiencia y formación del mediador, en este estado del conflicto, en psicología y derecho; y que desde los órganos jurisdiccionales se pudiera derivar de forma vinculante a criterio del Juez, a una sesión informativa sobre la posibilidad de resolución del conflicto en un servicio de conciliación intrajudicial, sin perjuicio de la voluntariedad posterior del someterse a un procedimiento de mediación. En estas mediaciones intrajudiciales entiendo el mediador debe tener amplia formación y experiencia jurídica, además de en técnicas de mediación, psicología y en relación de pareja. El coste de esos servicios sería ampliamente compensado por la menor

Aunque acudan el mismo día los cónyuges al acto, conforme exigen los artículos 777.3 de la LEC y 82 del CC, la ratificación debería hacerse **por separado y personalmente**, aunque asistido cada uno de su Letrado o del Letrado, si sólo fuere uno para los dos.

Que el artículo 82 del CC exija que los cónyuges presten su consentimiento de forma personal, no equivale a una prohibición de que pueda realizarse el consentimiento informado mediante apoderado, con poder especialísimo, en los términos que se prevén para contraer matrimonio por poder, en el artículo 55 del Código Civil, siempre que esté justificado a juicio del **LAJ** o Notario, como por ejemplo que se encuentre en el extranjero, y se compruebe que otorga el poder concedor del alcance del mismo, lo que puede especificarse por el fedatario que otorga el poder.

El que el abogado en ejercicio de los cónyuges sea el responsable de su redacción, no excluye que los cónyuges o su abogado puedan solicitar del Notario consejo sobre aspectos del mismo, como la naturaleza de los bienes en común o como liquidar el régimen económico ganancial.

No cabe que el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario, modifiquen unilateralmente el convenio sin contar previamente con el consentimiento de las partes.

Los convenios reguladores son el resultado de los acuerdos de las partes como un todo, y en muchos casos van entrelazados unos pactos con otros. La no autorización o aprobación en bloque puede dividir la continencia de la causa y resultar contrario a lo realmente querido por los propios contratantes.

litigiosidad ante los Tribunales, y por la minoración de la victimización secundaria que se produce con el actual índice de litigiosidad.

Por eso el artículo 777.10 de la LEC señala que el decreto del Letrado de la Administración de Justicia no será recurrible, pues el decreto no puede denegar la separación o el divorcio, ni tampoco apartarse de los términos del convenio propuesto por los cónyuges, como sí cabe en una sentencia judicial.

Cuando el LAJ o el Notario considerasen que alguno de los acuerdos del convenio regulador pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo advertirán a los cónyuges, que pueden subsanarlo, modificando las estipulaciones del convenio regulador, o incluso renunciar a alguna de ellas (véase la sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea -Sala Séptima- de 10 de septiembre de 2015, Roj: STJUE 52/2015).

Si el convenio regulador no se autoriza o no se aprueba, y no se subsana, el LAJ o Notario darán por terminado el procedimiento o el expediente, y los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta del mismo Convenio Regulador (artículos 90.2 del CC y 777.10 de la LEC)⁹.

Por otra parte, el artículo 82 del Código Civil señala que *“los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Secretario judicial o Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto*

⁹ Entiendo que si acuden al juez para la aprobación del CR que no fue autorizado o aprobado por las autoridades debería ser respecto del mismo CR, es decir, no cabe que tras la negativa del LAJ o Notario en la autorización o aprobación de un CR, se acuda a otro órgano jurisdiccional no naturalmente competente para que apruebe otro CR. Es decir, el CR marcará el objeto del proceso, y para que se acuda en segundo lugar a la aprobación judicial, el CR debe ser el mismo. Si se desea la aprobación de un CR distinto, cabe subsanar el inicialmente presentado con la demanda ante el LAJ o petición notarial, o iniciar de nuevo el proceso ante el LAJ o Notario.



de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.”.

El LAJ o el Notario comprobará **que los cónyuges y los hijos mayores**, que con ellos conviven y siguen siendo dependientes económicamente de los padres, **son plenamente conscientes de lo acordado en el convenio regulador**, y como hemos indicado, en caso negativo, debe negarse a autorizar una separación o divorcio o un acuerdo que no reúna los requisitos legalmente exigidos, con independencia de la voluntad de las partes¹⁰.

A los efectos de que surta efectos frente a terceros la separación o divorcio consensuada, corresponde al Letrado de la Administración de Justicia del órgano que haya dictado la resolución judicial, o al Notario, **remitir en el mismo día o al siguiente hábil y por medios electrónicos si los hubiere, testimonio de la misma a la Oficina General del Registro Civil**, la cual practicará de forma inmediata la correspondiente inscripción, aunque en todo caso puede ser objeto de anotación hasta que adquiera firmeza (artículos 83 del CC, y 755 de la LEC, y artículo 264 del Decreto de 14 de noviembre de 1958 por el que se aprueba el Reglamento de la Ley del Registro Civil, y artículo

¹⁰ Según señala el artículo 90 del Código Civil, al regular el convenio comprensivo de los efectos del divorcio: "1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos: (...) e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio. 2. Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges".

Téngase en cuenta también que no cabe descartar una situación dominante de un miembro de la pareja sobre otro, y que incluso el Letrado que asiste a ambos, lo fuere habitualmente de una parte, lo que puede conllevar a que se presenten convenios reguladores con acuerdos que pueden ser abusivos, o realmente no queridos por una parte, especialmente en materia de liquidación del régimen económico del matrimonio o pensión compensatoria.

Por eso **es conveniente en separaciones o divorcios con patrimonio liquidable que cada cónyuge asista asesorado de su propio Letrado, e incluso que negociaciones o mediación previa para llegar al convenio sean efectuadas a través de los Letrados de cada parte.**

61 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil -no vigente aún-).



V.- NATURALEZA Y CONTENIDO DEL CONVENIO REGULADOR

Para la eficacia jurídica del **CR** en el proceso de separación o divorcio, se requiere que el mismo sea autorizado o aprobado por las autoridades de cada Estado a las que la Ley ha atribuido competencia para ello, pero este requisito no elimina que también su naturaleza sea la de un negocio jurídico de tipo contractual privado, como manifestación de la capacidad de autorregulación de los cónyuges (SSTS de 26 de enero de 1993, 22 de abril de 1997 y 10 de diciembre de 2003).

Por tanto, **el Convenio Regulador constituye un negocio jurídico de derecho de familia¹¹**, que puede tener un contenido atípico, pero

¹¹ Como recoge la Sentencia de la Audiencia Provincial de Málaga, de 12 de noviembre de 2015 - ROJ: SAP MA 3569/2015-, Sección 6, y tiene reconocido la Sala 1ª del TS (sentencias de 25 de junio de 1987, 26 de enero de 1993, 24 de abril y 19 de diciembre de 1997), la Ley de 7 de julio de 1981 supuso un amplio reconocimiento de la autonomía privada de los cónyuges para regular los efectos de la separación y el divorcio, con la limitación que resulta de lo indisponible de algunas de las cuestiones afectadas por la separación o el divorcio , cuestiones entre las que no se encuentran las económicas o patrimoniales entre los cónyuges; los Convenios Reguladores así establecidos tienen un carácter contractualista por lo que en ellos han de concurrir los requisitos que, con carácter general, establece el Código Civil para toda clase de contratos en el artículo 1261, siendo la aprobación judicial que establece el artículo 90 del Código un requisito o "*conditio iuris*" de eficacia del convenio regulador , no de su validez, y atributiva de fuerza ejecutiva al quedar integrado en la sentencia. Ahora bien, ello no impide que al margen del Convenio Regulador , los cónyuges establezcan los pactos que estimen convenientes, siempre dentro de los límites de lo disponible, para completar o modificar lo establecido en el convenio aportado con la petición de separación o divorcio , ya se haga de forma simultánea, pero con referencia al convenio , a la suscripción de éste o posteriormente, haya sido aprobado o no el convenio judicialmente; tales acuerdos, que si bien no podrán hacerse valer frente a terceros, son vinculantes para las partes siempre que concurren en ellos los requisitos esenciales para su validez, al haber sido adoptados por los cónyuges en el libre ejercicio de su facultad de autorregulación de las relaciones derivadas de su separación matrimonial, y no concurriendo ninguna de las limitaciones que al principio de libertad de contratación establece el artículo 1255 del Código Civil.

también **tiene que tener un contenido mínimo**, que detalla el artículo **90.1 del CC**¹²:

“1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 83, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de esta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.

b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquellos.

c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.

d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.

*e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio*¹³.

¹² El contenido del Convenio Regulador no debe incumplir la doctrina señalada por la Resolución de la DGRN de 16 de octubre de 2014, según la cual **el convenio regulador no puede servir de cauce formal para otros actos que tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida.**

En este mismo sentido, se ha ido configurando el llamado **principio de idoneidad** del instrumento formal para determinados tipos negociales concretos, de tal manera que una vez excedido el contenido correspondiente al negocio correspondiente, la cobertura formal carece de eficacia a efectos de permitir el acceso e inscripción a los libros del Registro.

¹³ **La liquidación del régimen económico matrimonial no es contenido obligatorio del Convenio Regulador**, dado que el precepto dispone que se contendrá tal liquidación “*cuando proceda*”. En igual sentido, el artículo 95 CC establece que “*la escritura pública que formalice el convenio regulador... aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto*”.

Por esta razón, la liquidación del régimen económico matrimonial puede formalizarse en la misma escritura de separación o divorcio o en escritura separada, o incluso que se diluciden las controversias respecto de la misma en un procedimiento judicial de liquidación del régimen económico matrimonial regulado en los artículos 806 a 811 de la LEC.

Cierto es que la regulación legal del convenio de separación y divorcio no limita su contenido a la liquidación del régimen de gananciales, sino que se refiere a la liquidación del régimen económico matrimonial, pero, aunque la LEC no distinga los regímenes a los que se aplica, el procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, será de aplicación efectiva al de gananciales y al de

f) *La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges”.*

Es por tanto un documento, en el que los cónyuges o la pareja, no sólo determinan su voluntad de la ruptura, sino también las medidas con respecto a los hijos, y en su caso la liquidación del régimen económico matrimonial o reparto de su patrimonio (artículo 90 del Código Civil).

Entiendo que con el CR también en las separaciones no judiciales cabe pactar la **división de la vivienda familiar**, e incluso si hubiere **diversos bienes en régimen de comunidad ordinaria indivisa adquiridos durante el matrimonio** los cónyuges pueden considerarlos en conjunto a los efectos de formar lotes o adjudicarlos,

participación, pues en el de separación el patrimonio realmente no forma parte de un caudal común, sino que los bienes de los cónyuges son privativos.

En los supuestos en el régimen de separación de bienes, en los que existen patrimonios separados, que pudieran estar destinados al levantamiento de las cargas del matrimonio (artículos 1318 del Código Civil), o exista una cotitularidad de determinados bienes, lo que se produce es una comunidad de bienes sobre los mismos, en la que participan ambos cónyuges (artículo 1441 del CC), pero no se integran en ningún régimen económico matrimonial, para cuya liquidación en principio hay que acudir a las normas de la división de la comunidad de bienes (arts. 402 a 406 CC), a través del declarativo ordinario. Pero también en los casos de peticiones o demandas de mutuo acuerdo cabe la acumulación del apartado 4 del artículo 437 de la LEC.

También serían objeto del Convenio Regulador las disposiciones relativas a la compensación económica a recibir por uno de los cónyuges en el régimen de separación de bienes de bienes, conforme dispone el artículo 1438 del Código Civil, tal y como dispone el artículo 90 del Código Civil (SAP Málaga, a 12 de noviembre de 2015, citada).

Sin embargo, debería denegarse la estipulación en Convenio Regulador sobre la adjudicación de una vivienda que no constituya el domicilio familiar, adquirida antes del matrimonio, perteneciente a los cónyuges en proindiviso ordinario, pues es negocio ajeno al contenido típico del Convenio Regulador (Resolución de la DGRN de 16 octubre 2014. BOE 7 noviembre 2014).

En definitiva, una cosa es la validez de los pactos y la fuerza de los pactos contenidos en el Convenio Regulador entre los cónyuges, y otra cosa la procedencia de la aprobación de los mismos mediante la homologación de su contenido a los efectos de la separación o divorcio, lo que también debería tener en cuenta el Notario que autorice el acta de separación o divorcio.



por aplicación de lo que se prevé para el procedimiento ante el LAJ también en el **apartado 4 del artículo 437 de la LEC**.

De hecho, la **Dirección General del Registro y del Notariado, en Resolución de 5 de mayo de 2016 (BOE 6 de junio de 2016)**, admitió la inscripción de la adjudicación en Convenio Regulador, en extinción de comunidad de un elemento que fue adquirido por los exesposos durante su matrimonio, por mitad y pro indiviso, en régimen de separación de bienes, porque **debe considerarse como un bien incluido dentro de su patrimonio consecuencia de una adquisición derivada de la vida en común, y por ello es posible su liquidación y adjudicación dentro del convenio regulador aprobado**, en ese caso por la autoridad judicial, no siendo precisa la escritura pública.

El CR también es un documento que puede ser justificativo de las responsabilidades familiares que se requieren para obtener determinados subsidios como la **“ayuda familiar”**, o prestaciones extraordinarias como el **Plan Prepara o la Renta Activa de Inserción (RAI)**, o el **Programa de Activación (PAE)**.

En cuanto a las consecuencias fiscales del decreto del **LAJ** o del convenio regulador autorizado por Notario de Separación o Divorcio, de la **consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V2505-16**¹⁴, se deduce que también la Administración Tributaria equipara el decreto o Convenio Regulador notarialmente autorizado de separación o divorcio, a una sentencia judicial, a los efectos de su régimen fiscal.

¹⁴ Consulta vinculante de la Dirección General de Tributos V2505-16: Conforme a escritura de divorcio de mutuo acuerdo ante Notario inscrita en el Registro Civil, al amparo de lo previsto en el artículo 87 del Código Civil, modificado por Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, el interesado se obliga a satisfacer una pensión alimenticia en favor de un hijo mayor de edad que convive con la madre, y una pensión compensatoria en favor de su ex-esposa. Aplicación del artículo 55 de la Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas y del mínimo por descendientes.



VI.- TRANSFORMACIÓN DE CONTENCIOSO A MUTUO ACUERDO Y COMPETENCIA

En caso de que inicialmente se iniciara un procedimiento judicial contencioso de separación o divorcio, cuando no hay hijos menores o con capacidad judicialmente modificada, y en el mismo se alcance un acuerdo sobre las medidas, el art. 770.5.^a de la LEC 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”*.

Pero como el artículo 777 de la LEC es una norma procesal, en el caso de solicitud de continuación del procedimiento contencioso judicial por el procedimiento de mutuo acuerdo, en caso de transformación, la competencia para la resolución del procedimiento correspondería exclusivamente al Letrado de la Administración de Justicia. Si ya se hubiese iniciado la vista en el procedimiento verbal contencioso, es posible su continuación, sin transformación, y terminación normal del procedimiento por sentencia¹⁵.

¹⁵ Alcanzado un acuerdo, por economía procesal puede finalizar el procedimiento sin transformación, por sentencia judicial, siempre que el acuerdo se manifieste al inicio de la vista, con aportación de CR o no (artículos 443 y 770 de la LEC). Si el juez entiende homologable el acuerdo, dictará sentencia en los términos del mismo. Si entiende que pudiera ser contrario a ley, o tiene duda que el acuerdo se haya alcanzado sin el suficiente conocimiento de su trascendencia para una parte, lo pondrá de manifiesto a sus letrados, que pueden hacer las aclaraciones o subsanaciones que fueren pertinentes en el marco del principio dispositivo de las partes. Si el juez entiende que el convenio es homologable en dicho marco autorregulatorio, y consentido también por los hijos mayores afectados que dependan de los padres y convivan con ellos, dictará sentencia. Si entiende que no es homologable el acuerdo por ser contrario a la ley continuará la vista por la fase probatoria y de conclusiones, y dictará sentencia, salvo desistimiento de las partes. Frente a esta sentencia cabe recurso de apelación en el plazo de 20 días si se separa de los términos acordados por las partes (artículos 458 y 777.8 de la LEC).

Existe también la posibilidad de solicitar las partes la transformación al procedimiento de mutuo acuerdo competencia del LAJ antes de iniciar la vista, o incluso iniciada esta, con aportación de un CR, que puede ratificarse en ese mismo día o en otro señalamiento al efecto (artículo 777, regla 5^a LEC), pues podría ocurrir

Cabe también que los cónyuges desistan del procedimiento ante el juzgado para acudir a una separación o divorcio notarial.



VII.- MODIFICACIÓN Y RECONCILIACIÓN

En cuanto a una posible modificación por cambio sustancial de las circunstancias de las medidas decretadas por mutuo acuerdo ante el Secretario Judicial o en escritura pública notarial, podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo ante el **LAJ** o nueva escritura notarial, que cabe entender que debería otorgarse ante la misma notaría que tramitó el expediente de separación o divorcio (artículo 8 de la Ley de Jurisdicción Voluntaria y 775.1 de la LEC), y estará sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código (artículos 90.3 CC y 777.10 de la LEC).

No obstante, entiendo que **no sería competente el Letrado de la Administración de Justicia o el Notario para la modificación, aún de mutuo acuerdo, de una sentencia de separación o divorcio judicialmente acordada**, sino que la sentencia sólo puede ser modificada por nueva sentencia del órgano judicial que acordó las mismas, salvo que en el momento que se solicita la modificación venga un Juzgado de Violencia de Género conociendo de un

también que tuviera al efecto que ser llamados los hijos mayores afectados que no hubieran ido a la vista, y no se hubiera planteado una falta de litisconsorcio pasivo respecto de dichos hijos mayores que con los progenitores convivan y dependan económicamente de ellos.

También cabe solicitar al inicio de la vista la suspensión para intentar dicho acuerdo, o concretarlo de forma menos apresurada en un CR, o para someterse a una mediación, de conformidad con lo previsto en el artículo 19.4 de la LEC (artículo 777.7ª LEC).

El juzgado también puede invitar a las partes a que intenten un acuerdo que ponga fin al proceso, en su caso, a través de un procedimiento de mediación, instándolas a que asistan a una sesión informativa (artículos 443.3 LEC y 770.7 LEC).

procedimiento de violencia de género entre las mismas partes y no consta en la actuaciones que el proceso haya concluido por sobreseimiento o por sentencia absolutoria firme, pues en tales casos se mantiene la vis atractiva competencial del JVM (artículos 775.1 de la LEC y 87 ter.2 y 3 de la LOPJ, y doctrina Auto del Tribunal Supremo de 16 de marzo de 2016 - ROJ: ATS 2285/2016-).

En caso de reconciliación expresa tras la separación efectuada ante notario o por decreto del LAJ, deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones, y deberá inscribirse para su eficacia frente a terceros en el Registro Civil (artículo 84 del CC también reformado por la LJV).

Es decir, quienes se separan legalmente de mutuo acuerdo, sin intervención judicial, han de reconciliarse de igual modo, sin intervención judicial, y en una redacción ambigua, parece que debe formalizarse ante notario, bien mediante escritura pública, bien mediante acta de manifestaciones.

Pero doctrina acreditada entiende que como el acta de manifestaciones cabe se efectúe también ante el LAJ, en ejercicio de su fe pública judicial (artículo 145 LEC), este también sería competente para la formalización de la reconciliación. En cualquier caso, no es suficiente para la reconciliación expresa la simple notificación al Juzgado a que pertenecía el LAJ, pese a que la redacción del 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”*.

Lo lógico es otorgar la escritura por ambos cónyuges o realizar el acta de manifestaciones ante el Notario que autorizó la escritura de separación, o ante el juzgado en el que el LAJ dictó el decreto de separación, para constancia en el protocolo o registro de dichas

autoridades, y porque no deja de ser una modificación de la escritura de separación autorizada por el notario o del decreto de separación del LAJ.



VIII.- EJECUCIÓN

Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivas las medidas acordadas entre las partes por la vía de apremio (artículos 90.2 del CC y 774.5 de la LEC, en su primer inciso, que sería aplicable por analogía, y artículo 776 de la misma Ley procesal civil).

También por la equiparación de las sentencias judiciales a los decretos de separación o divorcio que aprueben los convenios reguladores, serán competentes para la ejecución de estos últimos juzgados al que pertenecía el Letrado de la Administración de Justicia que dictó el decreto (artículos 515 y 776 de la LEC).

En cuanto a la competencia para la ejecución de los convenios reguladores acordados en expediente notarial habrá que estar a las normas de reparto, teniendo en cuenta su contenido.



IX.- COSTE DEL PROCEDIMIENTO

El divorcio normalmente va a suponer una pérdida de poder adquisitivo para ambos cónyuges, pues aumentarán los gastos que tienen que hacer frente cada cónyuge al no compartirlos ya con el otro¹⁶.

¹⁶ Por ejemplo, necesitarán dos viviendas normalmente, cuando antes vivían en una sola, y a la vez dejarán de compartir sus ingresos, salvo en lo que establezcan de mutuo acuerdo o por sentencia judicial.



La separación o divorcio de mutuo acuerdo no sólo minora los gastos del procedimiento, también normalmente su duración.

Asimismo facilita la rapidez en la liquidación de la sociedad económica conyugal, especialmente en el caso del régimen de la sociedad de gananciales, y de forma más ajustada a las circunstancias patrimoniales y personales de los cónyuges, que muchas veces se encuentran ocultadas y son de difícil prueba en un procedimiento contencioso.

Por lo tanto, es normalmente aconsejable una separación o divorcio de mutuo acuerdo para retomar cuanto antes el control más o menos pleno de nuestras vidas tras la ruptura¹⁷.

El coste del procedimiento tanto en los expedientes notariales como en el procedimiento ante el juzgado competencia del Letrado de la Administración de justicia, dependerá de si se liquida o no el régimen económico con el convenio regulador, tanto por la minuta del abogado en ejercicio y en su caso los aranceles del Procurador de los Tribunales, como por el arancel notarial y del Registro de la Propiedad o Mercantil en su caso, y en cuanto a los impuestos y gastos que pudieran derivarse de tal liquidación, como una tasación.

A lo anterior cabe sumar los gastos en la obtención de los documentos a acompañar con el convenio, y el posible gasto derivado de contratar con la notaría los servicios voluntarios de gestión, lo que a veces es recomendable para asegurar a ambos cónyuges que se anotaran en los registros la ruptura del vínculo o la separación, y las

¹⁷ Al igual que cada pareja es distinta a otra, también lo es su ruptura. En determinadas liquidaciones complejas de regímenes económicos matrimoniales, podría interesar, para no forzar acuerdos precipitados, y conviene diferirlas al procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial, previsto en los artículos 806 a 811 de la LEC, especialmente para no demorar la separación o el divorcio de mutuo acuerdo, y las medidas inherentes a la misma, y no agravar el conflicto personal, para lo cual llevaremos al mutuo acuerdo un CR sin liquidación del régimen económico conyugal, o si se quiere con una liquidación parcial.



adjudicaciones de bienes en su caso, y se liquidaran los impuestos derivados de todo ello, lo que puede ser importante frente a terceros.

El Arancel Notarial se regula por el Real Decreto 1426/1989, de 17 de noviembre (BOE 28 de noviembre), y aún no se ha modificado para incluir el relativo a las actas de separación o divorcio.

En cuanto al Arancel del Registrador de la Propiedad se regula por el Real Decreto 1427/1989, de 17 de noviembre, y sólo se abonará si se inscriben en el Registro de la Propiedad la adjudicación del inmueble que se efectúe en los acuerdos liquidatorios del Convenio Regulador que se apruebe.

La retribución del Procurador de los Tribunales en separaciones o divorcios ante el LAJ, también está sometida a Arancel, aprobado por el RD 1373/2003, y por eso en su caso su minuta sólo podría ser impugnada por indebida, no por excesiva (artículo 245.2 LEC).

En cuanto a los honorarios del Abogado en ejercicio, no existe un precio fijo o preestablecido. Ni siquiera procede la orientación de dichos honorarios por parte del Colegio de Abogados en el que esté colegiado el abogado, pues podría ser considerada una práctica de dicho colegio profesional contra la libre competencia¹⁸.

Los precios en el sector de la abogacía deben ser el resultado del libre pacto entre abogado y cliente, por lo que se presume que están ajustados a derecho siempre que vengan determinados por el acuerdo entre las partes.

¹⁸ La Sala de Competencia de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, el 23 de julio de 2015, dictó Resolución en el Expte. SACAN/31/2013, instruido por el Servicio Canario de Defensa de la Competencia, adscrito a la Viceconsejería de Economía y Asuntos Económicos con la UE del Gobierno de Canarias. multando con 19.400 euros al Ilustre Colegio de Abogados de las Palmas al considerar que cometió una infracción muy grave del artículo 1 de la Ley 15/2007, de 3 de julio, de Defensa de la Competencia, consistente en una recomendación colectiva en materia de precios.



Sólo a los solos efectos de tasación de costas en casos de reconocimiento de la asistencia jurídica gratuita caben unos criterios orientativos de honorarios establecidos por los Colegios de Abogados, pues salvo en este caso, respecto de tales honorarios profesionales del Abogado en ejercicio, rige la Ley Ómnibus (Ley 25/2009, de 22 de diciembre), que modificó la Ley 2/1974, de 13 de febrero, sobre Colegios Profesionales.

A los servicios notariales hay que añadir el IVA, que actualmente es el tipo general del 21%, IVA que también nos repercutirá el abogado en su factura o minuta, en la que además habrá que efectuar la retención a cuenta del IRPF del abogado, que si corresponde la retención general será del 15% (Real Decreto 633/2015, de 10 de julio, que modifica el artículo 95 del Reglamento del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, aprobado por el Real Decreto 439/2007, de 30 de marzo). A los abogados por cuenta propia que no hubieran ejercido actividad profesional alguna en el año anterior a la fecha de inicio de las actividades les corresponde una retención del 7%.

Debe tenerse en cuenta a los efectos del coste del expediente notarial que el Reglamento de Aranceles Notariales distingue dos tipos de escrituras:

A) **Escrituras sin cuantía**, como es la escritura de divorcio sin liquidación de régimen económico matrimonial, por la que se fijan como arancel unos 30 €, a lo que habrá que añadir el coste de tres copias autorizadas, más el coste por testimonio de los documentos entregados al Notario y la diligencia de aprobación del convenio, todo lo cual puede estar en el entorno de 300 euros aproximadamente.

B) Las **escrituras de coste variable**, como es la liquidación del régimen económico matrimonial, que en este tipo de procedimientos se producirá normalmente, pues estamos hablando de supuestos de matrimonios con hijos mayores de edad en muchos casos, que tienen

un patrimonio común, y en el que puede pactarse también una pensión compensatoria.

Respecto de las **pensiones compensatorias** entre cónyuges, son un ingreso calificado como rendimiento del trabajo, para el perceptor de las mismas (artículo 17.2, f) de la Ley 35/2006 -LIRPF-), y pueden ser objeto de reducción de su base imponible para el pagador (artículo 52 LIRPF).



X.-FISCALIDAD DE LOS ACUERDOS LIQUIDATORIOS EN CONVENIO REGULADOR

Respecto a la adjudicación de bienes derivada de la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial, **fiscalmente será neutra, si no se produce un exceso de adjudicación**, y por tanto tampoco determina una actualización de valores de los bienes o derechos recibidos¹⁹.

Por tanto, si se trata de la liquidación de una sociedad de gananciales, tras la disolución, a cada cónyuge se le atribuyen bienes por un valor igual, no se produce ganancia o pérdida patrimonial en el momento de la disolución de la sociedad de gananciales, al no producirse alteración en la composición del patrimonio.

Tampoco hay actualización del valor y fecha de adquisición de los diferentes bienes, de modo que tomará como valor y fecha de adquisición, los originarios, y la liquidación no tributará ni por el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales Onerosas, ni por ganancias patrimoniales en IRPF, y no se devenga el Impuesto sobre el

¹⁹ La determinación del incremento de patrimonio en una transmisión posterior de lo adjudicado será la diferencia patrimonial entre el valor de adquisición original y el de transmisión, no el valor que tuviera en el momento de la adjudicación por la liquidación de la sociedad conyugal.

Incremento de Valor de los Terrenos de Naturaleza Urbana, que se regula en los artículos 104 a 110 del texto refundido de la Ley Reguladora de las Haciendas Locales (TRLRHL), aprobado por Real Decreto Legislativo 2/2004, de 5 de marzo (BOE 9 de marzo).

En cambio, si hay exceso de adjudicación, sea oneroso o gratuito, en la liquidación de gananciales, se considera que hay una especie de “venta” o “donación” de un esposo al otro de la mitad del bien ganancial, por lo que la plusvalía o minusvalía por dicha mitad sí parece estar sujeta a gravamen en el IRPF del esposo no adjudicatario –el transmitente-. Aquí la eficacia de la liquidación de gananciales es traslativa, excede de lo meramente particional para ser un verdadero acto de disposición. Por tanto, dichos excesos deberían tributar por ITP, y por IRPF en el caso que la venta supere el valor de adquisición del bien en el momento de la compra.

Cuando para la división sea necesaria la adjudicación del bien a un cónyuge con compensación en metálico al otro por su cuota, por no ser posible otra forma de división, sería un **exceso inevitable para la división del artículo 1.062 del Código Civil**, y en estos casos, desde 1997, el Tribunal Supremo entiende que realmente no existe una transmisión patrimonial, pues la cosa común –la vivienda- resulta indivisible, por lo que el cónyuge que se atribuye su totalidad mediante el pago de una compensación económica al que cede su parte no está “comprando” la cuota que corresponde a la mitad del inmueble. No hay compraventa, tan sólo una adjudicación o un ajuste interno, y el cónyuge que “redondea” la titularidad de la vivienda –adjudicándosela en su integridad- no debe soportar por ello el ITP (Sentencias del Tribunal Supremo, sala tercera, de 23 de mayo de 1998, y de 28 de junio de 1999).

En la separación de bienes, sí hay transmisión, pero exenta por lo dispuesto en el artículo 22 LGT (Consultas vinculantes de la Dirección General de Tributos números V1542-15 y 2854-15).

La disolución del condominio existente entre los cónyuges sobre su vivienda habitual, privativa de ambos por mitad y proindiviso, realizada en escritura pública queda sujeta a la cuota gradual de la modalidad de actos jurídicos documentados de documentos notariales. Es decir, sólo hay que hacer frente al pago del IAJD al tipo fijado en la Comunidad Autónoma en que radique (entre el 0,75 y 1,5 por ciento).

Sin embargo, **si la liquidación se realiza sin extinguir el condominio, mediante la venta a un tercero y reparto de su producto, el comprador pagaría el Impuesto de Transmisiones Patrimoniales (ITP) por la parte de la vivienda transmitida (un 6,5-10% del valor escriturado de la parte vendida según la comunidad autónoma),** y por otra parte, cada cónyuge tributaría por el Impuesto sobre el Incremento de Valor de los terrenos urbanos o plusvalía municipal (IIVTNU), y por la ganancia patrimonial obtenida en la venta en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas.

Finalizo esta aportación amigo lector con un pensamiento: *“Tras el estudio pormenorizado de un conflicto, siempre es éticamente un momento conflictivo y delicado para un abogado, transmitir objetivamente a su cliente lo que efectivamente a su juicio puede obtener en un procedimiento ante un tribunal, y las alternativas reales al mismo”*.

