

La sucesión del cónyuge separado judicialmente o de hecho, tras la reforma por Ley 15/2005, de 8 de julio

por

MARÍA NÚÑEZ NÚÑEZ

Doctora en Derecho

Profesora Ayudante de Derecho Civil. URJC

SUMARIO

- A) SEPARACIÓN JUDICIAL POR SENTENCIA FIRME.
- B) SEPARACIÓN DE HECHO.
- C) INCIDENCIA DE LA RECONCILIACIÓN EN LA SEPARACIÓN.

La reciente Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, no sólo reconoce —como dice su Exposición de Motivos (párr. 11)— «mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge», lo que implica —según algún autor— (1) el reconocimiento de un nuevo derecho a todo contrayente: «el derecho a no estar casado» (y la consiguiente simplificación del procedimiento a seguir); sino que al hilo de la reforma se han modificado varios artículos del Código Civil, entre los que se encuentran el 834 y el 945.

(1) LLEONART TORÁN, J. A., «Realidad o ficción. Nuevo Derecho de Familia», en *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, septiembre-octubre de 2005, núm. 3, pág. 168.

El artículo 834 ya resultaba alterado en el Proyecto de Ley por el que se modificaba el Código Civil en materia de separación y divorcio (*BOCC* de 30 de noviembre de 2004), pero no así el 945; por lo que si se hubiesen llegado a aprobar los términos del Proyecto —el cual no hacía mención al art. 945— no se habría alcanzado la ansiada igualdad en cuanto a los requisitos precisos para privar al cónyuge viudo de sus derechos legitimarios y *abintestato* (para ser «cónyuge sucesible» que dicen los franceses).

La Ley 15/2005 ha subsanado la falta de armonía de que adolecían tanto el Código Civil como el Proyecto citado respecto a los artículos mencionados, y establece las mismas exigencias para privar al cónyuge supérstite de los derechos anteriormente referidos.

Dice actualmente el artículo 834 del Código Civil que «*El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora*». Y el 945 del mismo cuerpo legal que «*No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior (sucesión intestada del viudo) si el cónyuge estuviere separado judicialmente o de hecho*». En consecuencia, la sucesión legítima y *abintestato* del cónyuge (2) aparece condicionada en el Código Civil después de la Ley 15/2005, de 8 de julio, a dos exigencias: no encontrarse el supérstite (3) en el momento de la defunción de su consorte separado de éste por sentencia firme o de hecho.

A) SEPARACIÓN JUDICIAL POR SENTENCIA FIRME

Respecto a la primera exigencia, que el cónyuge sobreviviente no esté separado en virtud de sentencia firme, se escribió mucho por la doctrina anterior a la reforma del Código Civil introducida por la Ley 15/2005 al ponerla en relación con los requisitos exigidos por el recientemente modificado artículo 834 (4) para que el supérstite tuviera derecho a su cuota legal usufructuaria.

(2) A propósito del cónyuge viudo conviene tener presentes las palabras de ZABALO ESCUDERO, M.^a E. (*La situación jurídica del cónyuge viudo en el Derecho Internacional Privado e Interregional*, Aranzadi, Pamplona, 1993, pág. 56), relativas a que el problema de los derechos de uno de los cónyuges tras el fallecimiento de su consorte «traspasa el ámbito estrictamente sucesorio (...) y pone de relieve la dependencia que el derecho de sucesiones experimenta de otras materias conexas (...)». Entre ellas, las más significativas son las pertenecientes al estatuto personal o relaciones de familia que suelen afectar a la posición jurídica o estatus de las personas llamadas a la sucesión».

(3) Dice NÚÑEZ BOLUDA, M.^a D. («El orden de suceder abintestato y personas con derecho a legítima después de la reforma del Código Civil de 1981», en *RDP*, septiembre de 1986, pág. 723) que es frecuente utilizar la expresión cónyuge viudo, pero el Código emplea «la de cónyuge sobreviviente, porque su derecho no está supeditado a que permanezca viudo».

(4) Hasta la Ley 15/2005 el artículo 834 del Código Civil decía que: «El cónyuge que al morir su consorte no se hallare separado o lo estuviere por culpa del difunto, si

Según este último precepto, únicamente tenía derecho a legítima el cónyuge inocente de la separación, no el culpable de la misma (5), y si se aplicaba este criterio de la culpabilidad al antiguo artículo 945 (6), que omitía toda referencia al mismo, nos llevaba a excluir de la herencia *abintestato* solamente al cónyuge culpable de la separación legal, y no al inocente de la misma (7).

¿Fue un lapsus del legislador no armonizar los dos supuestos o hubo razones que justificaron un tratamiento diverso ante dos situaciones con ciertas analogías? Aisladamente, algún autor —como ÁLVAREZ-CAPEROCCHI (8)— entendió que no existía razón para establecer un régimen más estricto de pérdida del llamamiento intestado que de pérdida de la cuota legitimaria, y al estar el cónyuge sobreviviente incurso en causa legal de separación debía perder tanto el derecho a la legítima como a la sucesión intestada. Pero la mayoría de la doctrina, atendiendo a razones diferentes, aceptó la tesis del Código de no aplicar el mismo tratamiento a ambos supuestos.

SCAEVOLA (9), refiriéndose al antiguo artículo 952 del Código Civil (10), se preguntaba si la omisión de la frase «o lo estuviere por culpa del difunto» que aparecía en el artículo 834, implicaba diversidad de criterio legal en el

concorre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora».

Actualmente, el artículo 834 ha quedado redactado del tenor siguiente: *«El cónyuge que al morir su consorte no se hallase separado de éste judicialmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora»*.

(5) Sobre la exigencia de la culpabilidad del antiguo artículo 834 del Código Civil y las diversas opiniones vertidas al respecto, vid. LUQUE TORRES, G., *Crisis matrimoniales. Consecuencias registrales y sucesorias*, Comares, Granada, 2002, págs. 168 y sigs. En resumen, la autora entendía que el artículo 834 condicionaba la conservación de la legítima al hecho de que los cónyuges no estuvieran separados, o de estarlo, que fuera por culpa del difunto; luego, si estaban separados por culpa del sobreviviente o incluso por la culpa de ambos consortes, se perdía el derecho a la legítima. A ello debe añadirse que también se perdía si estaban separados judicialmente y ninguno de ellos era declarado culpable.

(6) Literalmente, hasta julio de 2005, el artículo 945 del Código Civil era del tenor siguiente: «No tendrá lugar el llamamiento a que se refiere el artículo anterior si el cónyuge estuviera separado por sentencia firme, o separado de hecho por mutuo acuerdo que conste fehacientemente».

(7) A efectos interpretativos, no hay que olvidar que el artículo 834 fue redactado por la Ley de 24 de abril de 1958, y no lo modificó la Ley 11/1981, que sí varió, en cambio, el artículo 945. De ahí que no sea de extrañar, al decir de LASARTE ÁLVAREZ, C. (*Principios de Derecho Civil*, t. VII, *Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 4.ª edición, 2005, pág. 254) que se «generasen numerosos problemas interpretativos, cuando no flagrantes antinomias con el sistema matrimonial y, al propio tiempo, divorcista».

(8) *Curso de Derecho Hereditario*, Civitas, Madrid, 1990, pág. 153.

(9) *Código Civil comentado y concordado extensamente*, t. XVI, *De la Herencia*, 5.ª edición, revisada y puesta al día por F. ORTEGA LORCA, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1945, págs. 512 y 513.

(10) Artículo suprimido por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, pero que se correspondía, aunque modificado, con el artículo 945 del Código Civil antes de la Ley 15/2005, de 8 de julio.

tratamiento de las hipótesis de legítima del cónyuge y sucesión intestada del mismo. Para justificar la diversa solución, adujo que así como con la concesión de la cuota legal usufructuaria sólo se pretende asegurar «un medio de vida decoroso al cónyuge supérstite» a cuyo efecto carece de importancia el hecho de la separación judicial (siempre que el reclamante no haya sido culpable de la misma), el derecho a la sucesión intestada está basado en el presunto afecto del causante a sus parientes, cónyuge en este caso; afecto que hay que presumir no existe desde el fallo de separación, sea culpable o inocente el sobreviviente.

DE LA CÁMARA (11) recogió en parte la tesis de SCAEVOLA y reiteró la idea de que la ley suple la voluntad del causante en la sucesión intestada, por lo que, separado legalmente, no deseará, en buena lógica, que le suceda el sobreviviente. Pero la legítima del viudo actúa al margen de la voluntad del testador, e incluso contra dicha voluntad; descansa «en consideraciones exclusivamente familiares», por lo que parece justo que el cónyuge sobreviviente inocente de la separación legal conserve su derecho a la legítima viudal (12).

DE LOS MOZOS Y DE LOS MOZOS (13), basándose en la diferencia de fundamento de la sucesión intestada y de la legitimaria, afirmaba que «por tanto, la normativa no puede ser la misma»; y NÚÑEZ BOLUDA (14), para excluir de la sucesión intestada al cónyuge, fuera culpable o inocente de la separación judicial, basaba su argumentación en que el artículo 945 no hacía distinción entre la culpabilidad o inocencia del supérstite, y en el objetivismo del Código Civil en materia matrimonial después del año 1981, que se muestra poco propicio a apreciar culpabilidades. En efecto, la separación judicial (o el divorcio) no se contempla por el Código como una sanción para actos anti-jurídicos o culpables, sino como un tratamiento ante una crisis matrimonial, y por ello las causas de separación recibieron una buena dosis de objetivación en 1981 (15); objetivación llevada a sus últimas consecuencias en el año

(11) «Compendio de Derecho Sucesorio», en *La Ley*, 2.^a edición actualizada por A. DE LA ESPERANZA MARTÍNEZ RADIO, Madrid, 1999, pág. 315.

(12) En este mismo sentido se pronunciaba también GARRIDO DE PALMA, V. M., *Derecho de Familia*, Trivium, Madrid, 1993, pág. 202.

(13) *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 2251.

(14) *Ob. cit.*, pág. 724.

(15) Prueba el objetivismo del Código Civil su actual artículo 97, según el cual en la determinación de la pensión que procede pagar en los casos de separación o divorcio no influye la idea de culpabilidad. Por su parte, la SAP de Madrid, de 19 de julio de 2002, declaró la imposibilidad de continuar el pleito de separación una vez fallecido uno de los cónyuges, y, consecuentemente, la disolución del matrimonio y el archivo del procedimiento, impidiendo la continuación del litigio, a efectos de los artículos 834 y 835 del Código Civil. Razona la Sala (que ya tuvo oportunidad de pronunciarse sobre la dudosa vigencia del art. 834 en las sentencias de 4 de mayo de 1994 y 20 de mayo de 1994), en el Fundamento de Derecho tercero, que «se hace difícilmente concebible la hipotética y

2005, por cuanto los artículos 81 (relativo a la separación) y 86 (relativo al divorcio) establecen que se decretará, una u otro, a petición de ambos cónyuges o de uno sólo de ellos, transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio sin necesidad de alegar causa alguna.

En resumen, antes de la repetida Ley 15/2005, si se comparaban las normas recogidas en los artículos 834 y 945 del Código Civil no podía llegarse a una interpretación recíproca, sino a una clara diferenciación, lo que tenía una importante trascendencia práctica. La realidad era que el cónyuge sobreviviente declarado inocente en el fallo judicial de separación estaba excluido del llamamiento a suceder intestadamente (a tenor del art. 945 del Código Civil), y la delación se producía en beneficio del orden siguiente, los colaterales, y en su defecto el Estado. Pero este viudo inocente no perdía el derecho legitimario que le concedía el antiguo artículo 834, y coincidiendo con los colaterales o el Estado, recibía dos tercios de la herencia en usufructo (art. 838 del Código Civil). Parecía que el legislador sancionaba sin derechos legitimarios al cónyuge culpable de la separación judicial, pero la valoración de culpabilidad o inocencia carecía de relevancia a efectos de sucesión intestada.

Era una petición prácticamente unánime (16) por parte de los juristas que el legislador en una próxima reforma del Código Civil unificara los presupuestos exigidos para la sucesión del cónyuge, tanto en su cuota legitimaria

futura aplicación al estado de separación matrimonial de los cónyuges de las prescripciones sucesorias prevenidas en el artículo 834, a los efectos de mantener respecto del sobreviviente el derecho de usufructo del tercio destinado a mejora, en cuanto dicho precepto, redactado por Ley de 24 de abril de 1958, hace referencia a declaraciones de culpabilidad que eran entonces condicionantes de los diversos efectos, principal y complementarios de la separación matrimonial, y que en la actual legalidad, según la Ley 30/1981, de 7 de julio, han sido superadas en un intento de objetivar las diversas causas de separación, ausentes de toda idea de culpabilidad o inocencia. Y así, ya la Ley 11/1981, de 13 de mayo, vino a dar nueva redacción a diversos preceptos del referido Código, y entre ellos el artículo 945, que excluye del llamamiento a la herencia del difunto al cónyuge separado por sentencia firme, sin hacer referencias a culpabilidades, y ni siquiera a la misma causa de separación como imputable al fallecido, y lo que hace sumamente dudosa la aplicación del indicado artículo 834; en suma, cabe destacar que sin haberse derogado expresamente (...) dicho precepto tendría muy graves dificultades por cuanto que su mantenimiento (...) es reminiscencia de situaciones hoy día no contempladas por el Código Civil, pues el concepto de culpable o inocente están prácticamente eludidos en toda la orientación legislativa de la Ley de 7 de julio de 1981».

(16) En sentido contrario, PÉREZ ESCOLAR, M. (*El cónyuge supérstite en la sucesión intestada*, Dykinson, Madrid, 2003, pág. 409) entendía que las alegaciones doctrinales «realizadas en pro de la aplicación de los requisitos de carácter personal previstos en el artículo 945 del Código Civil a la legítima viudal han de ser (...) rápidamente desmontadas», por una serie de motivos de los que enumeraba hasta seis de ellos, finalizando por recordar que «desde el año 1981 hasta el día de hoy, el legislador ha tenido otras oportunidades de reformar el artículo 834 del Código Civil en el sentido que se pretende, debiendo de presumirse que, si no lo ha hecho, ha sido por su voluntad de mantenerlo en sus términos actuales».

como *abintestato*, privándole de derechos sucesorios una vez producida la separación judicial, abstracción hecha de la inocencia o culpabilidad del sobreviviente. La razón que abonaba esta propuesta —a mi entender— era la siguiente: la separación legal suspende, que no disuelve, el vínculo matrimonial, pero pone fin a la comunidad de vida que supone el matrimonio, cesa la participación de los cónyuges en una economía común, y hay que presumir que desaparece el afecto marital entre ellos. Es verdad que el cónyuge supérstite puede no ser culpable de esta situación, ni haberla deseado; pero lo mismo puede ocurrir en el caso del divorcio, que tal vez no haya sido deseado por uno de los cónyuges, e incluso cabe que se haya opuesto a él. Así, si en el supuesto de divorcio, como hay disolución del vínculo matrimonial, el inocente carece de derechos sucesorios, pero, independientemente de la inocencia, puede tener derecho a pensión compensatoria (art. 97 del Código Civil) (17), y lo mismo ocurre en caso de separación judicial, que también puede dar lugar a dicha pensión, abstracción hecha de la inocencia del que se encuentre en «*un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio*», ¿por qué concederle cuota legitimaria al sobreviviente inocente si la pensión cubre las necesidades económicas del viudo separado, inocente o no? Con la creación de la pensión la legítima viudal pierde el sentido que tenía de protección o de *officium pietatis* para con el cónyuge supérstite. Sea el viudo separado inocente o culpable de la separación, al cesar la comunidad de vida personal y patrimonial, y aunque el sobreviviente no desee esa suspensión de la convivencia, no se ve razón para mantener al viudo su derecho legitimario.

Además, desde un punto de vista eminentemente práctico, debía tenerse en cuenta que, con independencia del juicio positivo o negativo que pudiera merecer el criterio del legislador que concedía derechos legitimarios al cónyuge sobreviviente inocente en la separación personal, al que se privaba de sucesión *abintestato*, la legítima no implica un tercer tipo de delación hereditaria independiente de la delación testamentaria y de la *abintestato* (art. 658 del Código Civil). Dado que el cónyuge sobreviviente no culpable de la separación judicial que concurría a la sucesión con los colaterales del difunto tenía derecho a una cuota en usufructo sobre la herencia del premuerto, que por efecto del artículo 945 correspondía a los colaterales, su derecho tendría que ser reconocido en una declaración de herederos *abintestato*; la tramitación de esta declaración en el caso de descendientes, ascendientes y cónyuge puede realizarla actualmente el Notario, cosa que no parece posible en el caso

(17) Este artículo ha sido redactado de nuevo por la Ley 15/2005. Dice textualmente ahora: «*El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única...*».

que nos ocupa, ya que no se va a declarar al viudo heredero intestado, sino que exclusivamente se le va a conceder una cuota en usufructo.

En definitiva, una vez entrada en vigor la Ley 15/2005 ha finalizado la polémica planteada por cuanto el legislador ha unificado los presupuestos exigidos para conceder derechos legitimarios y derechos *abintestato* al cónyuge sobreviviente, abstracción hecha de su inocencia o culpabilidad, bastando, según los artículos 834 y 945, la separación judicial. Pero no hay que olvidar que a las sucesiones abiertas antes de la entrada en vigor de la Ley —la cual entró en vigor, con gran premura, el día 10 de julio de 2005, al día siguiente de su publicación en el *BOE*— se les seguirá aplicando la normativa existente hasta el momento.

B) SEPARACIÓN DE HECHO

En segundo lugar, para que el viudo pudiera suceder al difunto, el artículo 945 del Código Civil exigía antes de la Ley 15/2005, que no estuviera «separado de hecho por mutuo acuerdo (18) que conste fehacientemente». Si el cónyuge sobreviviente estaba incurso en este supuesto, pese a ser cónyuge y sobrevivir al causante, carecía del derecho a suceder *abintestato*, con lo que la delación pasaba al orden siguiente: los colaterales (19).

Esta segunda exigencia que establecía el artículo 945 suscitó también una fuerte polémica que tuvo por raíz el hecho de que el cónyuge no se encontraba separado por sentencia firme, sino únicamente de hecho que constara fehacientemente, al no mencionar la separación de hecho el antiguo artículo 834. Volvía a constatarse la falta de coordinación entre ambos preceptos del Código (20). El artículo 945 condicionaba la delación en la sucesión

(18) La exigencia del mutuo acuerdo se introdujo con la reforma introducida por la Ley 11/1981, pues —como señala PÉREZ ESCOLAR, M. (*ob. cit.*, pág. 394)—, el legislador adoptó «como uno de sus objetivos fundamentales la consecución, en la medida de lo posible, del consenso conyugal en la nueva ordenación matrimonial que se pretendía instaurar».

(19) En consecuencia, la situación jurídica del cónyuge sobreviviente afectaba al llamamiento del siguiente orden sucesorio, ya que si el viudo no estaba separado de hecho por mutuo acuerdo que constara fehacientemente tendría derechos *abintestato*, lo que impedía el llamamiento del orden siguiente. En este sentido, la SAP de Zaragoza, de 25 de septiembre de 2000 (F. J. 3.º) estableció que, a pesar de acreditarse que a la fecha de fallecimiento de uno de los cónyuges existía una situación de separación de hecho, al haber abandonado la esposa el domicilio conyugal, no permitía la exclusión del cónyuge superviviente del llamamiento a la sucesión intestada del premuerto «por no constituir causa legal para ello, según lo normado en el artículo 945 del Código Civil».

(20) LUQUE TORRES, G. (*ob. cit.*, págs. 202 y sigs.) exponía tres diferencias existentes entre los artículos 834 y 945 del Código Civil antes de la modificación operada en 2005:

1. Omisión en el artículo 945, en oposición al artículo 834, de toda idea de culpabilidad.

intestada del cónyuge supérstite al requisito de que no estuviera rota la convivencia matrimonial por una separación de hecho que constara fehacientemente, mientras que el artículo 834 no tenía en cuenta la separación de hecho para atribuir al viudo derechos legitimarios (21).

La doctrina española mantuvo dos posturas diferentes acerca de esta cuestión. LACRUZ (22), PUIG BRUTAU (23) y HERNÁNDEZ IBÁÑEZ (24), entre otros, consideraron que, de acuerdo con el articulado del Código Civil, el viudo separado de hecho, aunque la separación constara fehacientemente, mantendría sus derechos legitimarios. La otra postura, seguida por VALLET DE GOYTISOLO (25), LASARTE ÁLVAREZ (26), GIMÉNEZ DUART (27), ÁLVAREZ-CAPE-ROCHIPÍ (28), y RIVAS MARTÍNEZ (29) principalmente, entendieron que el viudo separado judicialmente o separado de hecho por mutuo acuerdo que constara fehacientemente no tendría derecho a legítima (30). La razón que apuntaban

2. Falta en el artículo 945 de cualquier referencia al procedimiento pendiente, frente al artículo 835, que especifica la necesidad de esperar al resultado del pleito.

3. Introducción en el artículo 945, y no en el artículo 834, de la separación de hecho como relevante a los efectos de determinar los derechos sucesorios del cónyuge viudo en la sucesión intestada.

(21) LASARTE ÁLVAREZ, C. (*Principios de Derecho Civil*, t. VII, *Derecho de Sucesiones*, Marcial Pons, Madrid, 3.^a edición, 2003, pág. 309), en la misma línea de la futura reforma, ya interpretaba que la asimilación de los efectos entre la separación legal y la separación de hecho que realizaba el artículo 945 era absolutamente razonable, «ya que atentaría contra las reglas de la lógica del sistema que el cónyuge separado de hecho (...) mantuviera su condición de heredero abintestato, perdiéndola en cambio sólo el cónyuge sobreviviente que se encontraba separado en virtud de la correspondiente sentencia judicial».

(22) LACRUZ BERDEJO, J. L.; SANCHO REBULLIDA, F. A.; LUNA SERRANO, A.; DELGADO ECHEVERRÍA, J.; RIVERO HERNÁNDEZ, F., RAMS ALBESA, J., *Elementos de Derecho Civil*, t. V, *Sucesiones*, nueva edición revisada y puesta al día por J. RAMS ALBESA, Dykinson, Madrid, 2001, pág. 373.

(23) *Fundamentos de Derecho Civil*, t. V, vol. 3, Bosch, Barcelona, 4.^a edición, 1991, pág. 123.

(24) *La separación de hecho matrimonial*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 177.

(25) *Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales*, dirigido por M. ALBALADEJO, t. XI, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1982, pág. 464.

(26) LASARTE ÁLVAREZ, C. (*ob. ultim. cit.*, pág. 247) anticipándose a la futura reforma propugnaba que «*de lege ferenda* debería proponerse (...) que la regulación del tema se debería inspirar en principios antagónicos a los legalmente establecidos (...): la separación de hecho debería conllevar la pérdida de la condición de legitimario para el cónyuge supérstite».

(27) «Los desajustes de la reforma: sobre legítimas y reservas», en *RDN*, abril-junio de 1985, pág. 151.

(28) *Ob. cit.*, pág. 153.

(29) *Derecho de Sucesiones Común y Foral*, t. II, vol. 1.º, Dykinson, Madrid, 3.^a edición, 2004, pág. 514.

(30) Postura seguida por el Tribunal Supremo en su STS de 10 de junio de 1988, en cuyo Fundamento de Derecho Cuarto estableció que «si bien es cierto que al relacionar

estos últimos para privar al sobreviviente de la legítima viudal y del llamamiento intestado era básicamente el defecto de convivencia de los cónyuges, efecto primordial de la institución matrimonial (art. 68 del Código Civil).

Pero los citados artículos 834 y 945 del Código Civil eran claros en sus términos, y el intérprete —el Juez— no podía dejar de aplicarlos de acuerdo con su letra. Así, si el auto judicial de declaración de herederos declaraba herederos a los hermanos o demás colaterales del causante por no poder serlo el cónyuge sobreviviente de acuerdo con el artículo 945, tenía, no obstante, que dejar a salvo los derechos legitimarios del viudo siempre que se cumplieran las directrices del artículo 834 (31). Si en el caso de una mera separación de hecho, la ley no privaba de su cuota legitimaria al viudo, no vemos razón para que el Juez así lo hiciera.

Lo que estaba claro era que, al objeto de que el viudo perdiera el derecho a suceder *abintestato*, el artículo 945 asimilaba los efectos de la separación judicial a la de hecho siempre que —como decía el Código— esta última se hubiera producido de mutuo acuerdo que constara fehacientemente. «Fehacientemente» —según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua— quiere decir «que hace fe en juicio». Pero ¿qué tenía que constar fehacientemente? ¿La separación de hecho? ¿El mutuo acuerdo? ¿Ambos?

GIMÉNEZ DUART (32) entendió que era el mutuo acuerdo el que debía constar fehacientemente, y no el mero hecho de la separación, y por eso lo correcto sería —en su opinión— «proceder al otorgamiento de escritura pública en la que se recoja la voluntad concorde de separarse». Ésta era también la opinión de DE LA CÁMARA (33), para quien el acuerdo fehaciente debía resultar de «documento que garantice la autenticidad del acuerdo», y por tanto habría de constar en documento público. Por su parte, VALPUESTA FERNÁNDEZ (34) entendió que era el acuerdo de separación el que debía constar fehacientemente, y ade-

los artículos 834 y 835 pudiera estimarse que la separación a que el primero se refiere es solamente la separación judicial, dichos preceptos deben ser actualmente aplicados en el contexto de un ordenamiento jurídico que a partir de la Ley 30/81 reconoce los efectos de la separación puramente consensual». Sin embargo, la DGRN, en Resolución de 20 de junio de 1997, mantuvo una posición, llamémosla ortodoxa, y en su Fundamento de Derecho Tercero estableció que «el mantenimiento inalterado del artículo 835 del Código Civil en conexión con la lectura actualizada del artículo 834 del Código Civil, obliga a concluir que la pérdida de estos derechos legitimarios ha de ser consecuencia de una sentencia».

(31) Así, la SAP de La Coruña, de 16 de noviembre de 2000 (F. J. 3.º), expresamente estableció que «el cónyuge viudo separado judicialmente por culpa del difunto, o separado de hecho por mutuo acuerdo, y cuando esta separación conste fehacientemente, no heredará *abintestato*, pasando la herencia a los colaterales si los hubiere, pero tendrá el derecho legitimario que le concede el artículo 838 del Código Civil».

(32) *Ob. cit.*, pág. 148. En el mismo sentido, vid. HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C., *ob. cit.*, págs. 16 y 17.

(33) *Ob. cit.*, págs. 316 y 317.

(34) *Derecho de Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992, pág. 493.

más advirtió que esta exigencia se había identificado con una prueba documental, que pudiera resultar innecesaria, «si por otro medio se puede demostrar el acuerdo de los cónyuges sobre su separación» (35).

De las palabras transcritas de la doctrina se deduce que, mientras para algunos lo que tenía que constar fehacientemente era el acuerdo de separación mutuamente consentido por los consortes, para otros lo que había de constar de ese mismo modo era la propia separación. Pero no sólo tendría que probarse la separación fáctica de los consortes, sino que además sería preciso que esa separación tuviera su origen en un acuerdo entre el difunto y el sobreviviente; no bastaba el mero hecho de la separación, era preciso que el acuerdo de separación constara «fehacientemente», aunque no sería necesario que existiera documento notarial (36). Bastaba probar la certeza del acuerdo.

(35) Opinión compartida por NÚÑEZ BOLUDA, M.^a D. (*ob. cit.*, pág. 724), para quien no era preciso que existiera documento notarial. Esta opinión fue recogida en las SAP de Burgos, de 26 de enero de 2001, y de Valencia, de 17 de abril de 2002, que en sus Fundamentos de Derecho Segundo y Tercero, respectivamente, afirmaron que: «Entender que la separación de mutuo acuerdo tenga que constar documentalmente, y además que deba serlo en documento público, supone realizar una interpretación restrictiva de la norma del artículo 945 del Código Civil, que además no se compadece con la realidad social, pues pocas veces se preocuparán los cónyuges, que ni tan siquiera han intentado su separación judicial, de que la misma conste en documento público, pues nada añade al acuerdo mutuo de separación, si es que éste se prueba por otros medios, el que además tenga que constar por escrito. Por fehaciente ha de considerarse lo que hace prueba por sí mismo, con tal fuerza y capacidad de convicción que excluye cualquier duda o razonamiento contrario, lo que puede predicarse tanto de un documento público respecto de lo que en ese documento se dice, de un reconocimiento judicial respecto de lo que es objeto de reconocimiento, o de una prueba testifical cuando son concordantes todos los testimonios de los testigos». Sin embargo, la SAP de las Islas Baleares, de 3 de julio de 2000, en su Fundamento de Derecho Segundo declaró que el mutuo acuerdo «ha de constar en documento que presente las notas de fehaciencia, y, como tal, público o notarial, pero también tiene este carácter el convenio regulador que, *ad exemplum*, se acompañe a la demanda con arreglo a lo establecido en el artículo 81, número 1, *in fine*, y 86, último párrafo, para la separación y divorcio, respectivamente; siempre, claro está, que en tal documento esté pactada la separación».

(36) Se pronunció en este mismo sentido, PÉREZ ESCOLAR, M. (*ob. cit.*, pág. 401), para quien el dejar constancia fehaciente de que existió una separación de hecho convenida entre los cónyuges «con la finalidad de que la misma excluya el derecho hereditario del sobreviviente del artículo 944 del Código Civil podrá realizarse a través de documento público, cuya función propia es precisamente la de dar fe de su fecha y contenido (arts. 1.218, párr. 1.º del Código Civil y 319 LEC), pero también, y puesto que el anterior no se exige expresamente, mediante documento privado, que deberá ser oportunamente autenticado cuando así se requiera mediante su reconocimiento legal (arts. 1.225 del Código Civil y 326 LEC), o, incluso, por un medio probatorio de cualquier otra naturaleza, como pudiera ser, por ejemplo, una declaración testifical, que permita cumplir con el mismo objetivo, dejar constancia fidedigna o hacer fe de la separación de hecho que, en la forma exigida, existía entre los cónyuges al tiempo del fallecimiento de uno de ellos». Aunque —como señaló HERNÁNDEZ IBÁÑEZ, C. (*ob. cit.*, pág. 27)— realizada la declaración oralmente estando presentes únicamente los cónyuges, sin testigos, esta declaración únicamente tendría el valor de la palabra empeñada, y, fallecida una de las partes, sería prácticamente imposible hacerla valer como tal.

En conclusión: certeza de que la separación de hecho se había producido por acuerdo entre los interesados y no impuesta por un cónyuge al otro (37).

Es obvio que el documento notarial que recogiera el cese efectivo de la convivencia aportaría una prueba de que la separación fue libremente acordada, pues difícilmente iban a acudir ambos consortes al Notario si no estaban de acuerdo en consentirla. Pero podría plantearse un problema, ya que cierto es que el documento notarial de separación sería prueba de que la separación, cuando se produjo, fue de común acuerdo, o voluntariamente aceptada por ambos cónyuges, pero no probaría que en el momento de presentación de dicho documento subsistía el cese efectivo de la convivencia. Podría haber transcurrido un largo período de tiempo desde que se otorgó el documento notarial de separación hasta la apertura de la sucesión del cónyuge premuerto, tiempo durante el cual los cónyuges podrían haberse reconciliado (38). Por tanto, si la separación subsistía, no podría llevarse a cabo la declaración de herederos *abintestato* en beneficio del sobreviviente; pero si hubiera cesado la separación fáctica, si los cónyuges se hubiesen reconciliado, no habría obstáculo para declarar al viudo heredero intestado del difunto.

Si, por el contrario, no existía escrito notarial de separación y no resultaba público y notorio que los cónyuges vivían separados, como se presume, salvo prueba en contrario, que los cónyuges viven juntos (art. 69 del Código Civil), el cónyuge sobreviviente podía ser declarado heredero intestado, lo que produciría la consiguiente quiebra de los eventuales derechos de los parientes colaterales del difunto (39).

(37) En este sentido, indicaba LUQUE TORRES, G. (*ob. cit.*, pág. 207) que se trata de una separación que tiene su origen en el mutuo acuerdo, decidida por ambos cónyuges, o también «que podría comprender, dada su semejanza, la separación consentida y no por tanto la unilateral impuesta por uno de ellos»; y citaba la SAP de Valladolid, de 14 de febrero de 2000, que, según entendía, hacía una interpretación excesivamente amplia de lo que debe entenderse por separación de hecho de mutuo acuerdo, al afirmar en su Fundamento de Derecho Sexto que, si bien la situación de separación fue impuesta inicialmente por el marido, «posteriormente fue aceptada por la esposa, reconduciéndose al mutuo acuerdo, ante la falta de protestas y actuaciones posteriores, o simplemente por resignación...».

(38) En este supuesto —dice GOMÁ LANZÓN, I., «Divorcio express y cónyuge viudo. Un cambio anunciado y nuevos problemas», en *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, septiembre-octubre de 2005, núm. 3, pág. 157— correspondería a los cónyuges «la responsabilidad de destruir la apariencia creada mediante un documento del mismo nivel formal que consagró la separación de hecho, y que se anotará en la matriz de éste».

(39) En cualquier caso, coincidíamos con PÉREZ ESCOLAR, M. (*ob. cit.*, págs. 396 y 397) en que en una futura reforma del Código debía desaparecer este condicionante del mutuo acuerdo (como de hecho ha acaecido) porque «por mucho que uno de los cónyuges se oponga a que el otro le abandone, la *affectio maritalis*, que es algo que atañe a los dos, es evidente que habrá desaparecido, no pudiéndose presumir ni que el cónyuge que decide unilateralmente la separación hubiera deseado que el otro le heredara ni, tampoco, que el no consentimiento de este último a dicha separación, que no necesariamente tiene que haber dado lugar a una intervención judicial, lleve consigo la existencia de un afecto con-

Así pues, por la modificación operada en los artículos 945 y 834 del Código Civil después de la Ley 15/2005, desaparece la problemática de la exigencia de «fehaciencia» y basta, para que el viudo sea privado de derechos sucesorios, que se haya producido una separación de hecho. En la actualidad, la dificultad se desplaza en numerosas ocasiones a la valoración del propio hecho de la separación fáctica, a determinar si los cónyuges están incursos, en efecto, en una separación fáctica por la consiguiente pérdida del afecto marital, o si se trata de un mero alejamiento físico y temporal de ambos (40). Como ocurre normalmente en Derecho será una cuestión de prueba apreciable por los tribunales.

En resumen, la reciente reforma de los artículos 834 y 945 favorece a los parientes colaterales del difunto, por cuanto su derecho a suceder *abintestato* no resulta ahora obstaculizado ante el cónyuge supérstite inocente de la separación judicial (a quien antes de la reforma de 2005 había que respetar en este caso de concurrencia su cuota usufructuaria de dos tercios de la herencia), o ante un viudo separado de hecho cuya separación constara fehacientemente.

Actualmente, a partir del 10 de julio de 2005, la separación judicial o la mera separación de hecho (41) ocasionan que la ley llame a suceder *abintestato*, en defecto de descendientes o ascendientes del causante, a sus parientes colaterales. Indirectamente, pues, por la vía de la modificación señalada, los colaterales del difunto, en ciertos supuestos, se han antepuesto al cónyuge viudo.

C) INCIDENCIA DE LA RECONCILIACIÓN EN LA SEPARACIÓN

El cónyuge supérstite pierde, pues, su derecho a suceder *abintestato* cuando se prueba que los cónyuges estaban separados de hecho, o en virtud de una sentencia de separación judicial, con indiferencia de si el viudo fue culpable o inocente de dicha separación. Pero el cónyuge sobreviviente conserva su dere-

yugal en el sentido que se entiende para justificar el que se produzca el llamamiento hereditario del abandonante».

(40) MUÑOZ DE DIOS SÁEZ, L. («La problemática separación de hecho conyugal», en *El Notario del siglo XXI*, Revista del Colegio Notarial de Madrid, enero-febrero de 2006, núm. 5, pág. 214) se pregunta si hay alguien que pueda definir inequívocamente qué requisitos deben darse para poder hablar de una separación de hecho, y afirma que se trata de un concepto jurídico indeterminado.

(41) Una cuestión problemática es si el notario podrá declarar la notoriedad de la separación de hecho a los efectos del derecho a la legítima o del llamamiento *abintestato* del viudo en la declaración de herederos. Sobre esta materia es conveniente ver las notas a «vuela pluma» de GOMÁ LANZÓN, I. (*ob. cit.*, págs. 154 y sigs.) quien afirma que «una cosa es que el notario pueda declarar la notoriedad de un hecho, y otra cosa será que tal declaración pueda fundar o legitimar derechos, para lo cual será necesaria una especial habilitación legal».

cho a suceder abintestato si ha mediado reconciliación (42), ya que con arreglo al artículo 84, párrafo 1.º, del Código Civil, «*La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él...*» (43).

La reconciliación es la causa típica de la cesación de los efectos instaurados por la sentencia de separación (44), pues primordialmente va dirigida a restablecer la convivencia conyugal. Definen Díez-PICAZO y GULLÓN (45) la reconciliación como «el negocio jurídico en virtud del cual los cónyuges libre y voluntariamente hacen cesar la situación jurídica de separación e implantan de nuevo una comunidad de existencia». Más brevemente, ENTRENA KLETT (46) considera que la reconciliación significa el regreso de los cónyuges «a la normalidad matrimonial» (47).

(42) PÉREZ RÚA, M.^a J. (*La reconciliación matrimonial*, Universidad de Almería, Servicio de Publicaciones, Almería, 1999, págs. 33 y 34) entiende que no pueden confundirse la reconciliación con el perdón, ya que el perdón «puede ser presupuesto de una reconciliación de la que forma parte, pero no es ésta, ya que el mismo puede ser debido a otras causas o con otras finalidades», y consiguientemente si el perdón «no va acompañado de un *animus* de reanudación del afecto conyugal y el restablecimiento de la voluntad de cohabitar nuevamente no constituye reconciliación». Pero para el Código, perdón y reconciliación eran términos sinónimos, al establecer en el modificado artículo 835, párrafo 2.º, que «Si entre los cónyuges separados hubiere mediado perdón o reconciliación, el sobreviviente conservará sus derechos». Este artículo ha resultado alterado por la Ley 15/2005, y dice ahora que «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». Observamos esta nueva redacción del Código más técnica al omitir el término «perdón», pues, no todo perdón (acto unilateral), implica necesariamente reconciliación (negocio bilateral).

(43) Es verdad que, a diferencia del artículo 835 del Código Civil, que admite que el viudo conserve su derecho a la legítima si a pesar de la separación «hubiera mediado reconciliación», no hay referencia alguna a la reconciliación en la sucesión intestada. Pero ello —entendemos— no impide la aplicación de esta figura, ya que sus efectos caben dentro de la cláusula general del artículo 84 del Código Civil, y, reconciliados los cónyuges, uno de los posibles efectos puede ser el derecho a suceder al difunto. Como dice PÉREZ ESCOLAR, M. (*ob. cit.*, pág. 388), «si esto es así para la legítima, igual debe ser con respecto a la sucesión intestada del cónyuge, pero no porque recurramos a una aplicación analógica de lo dispuesto en sede de la anterior, que no hace falta, sino porque los efectos propios de la reconciliación conyugal establecidos en el artículo 84 del Código Civil llevan forzosamente a ello».

(44) En caso de divorcio, para que la reconciliación produzca efectos jurídicos, habrá de tener lugar antes de dictarse sentencia de divorcio, caso en que el sobreviviente conservará el derecho a suceder *abintestato*. En cambio, no se producirá este resultado cuando la reconciliación sea posterior al divorcio firme, pues de acuerdo con el artículo 88, párrafo 2.º, del Código Civil, la reconciliación «no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio».

(45) *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, *Derecho de Familia. Derecho de Sucesiones*, Tecnos, Madrid, 9.ª edición, 2004, pág. 104.

(46) *Matrimonio, separación y divorcio en la legislación actual y en la historia*, Aranzadi, Pamplona, 1990, pág. 573.

(47) En parecidos términos se expresa DORAL GARCÍA, J. A. (*Matrimonio y divorcio. Comentarios al Título IV del Libro Primero del Código Civil*, coordinados por J. L. LA-

La doctrina (48) considera la reconciliación como un negocio jurídico de Derecho de familia, y discute sobre su carácter unilateral o bilateral. Como negocio jurídico, precisa una manifestación de voluntad y ausencia de vicios en el consentimiento; y como negocio jurídico de Derecho de familia, los efectos por ella instaurados no surgen en gran parte *ex voluntate*, sino *ex lege*, pues si bien es cierto que el acto de reconciliación es un acto voluntario y libre de los interesados en superar la crisis, no lo es menos que muchos de los efectos se producen porque la ley los impone (arts. 106, párr. 2.º, y 1.443 del Código Civil) (49) prescindiendo de la voluntad negocial; si bien no habrá obstáculo en que los sujetos puedan posteriormente modificar lo establecido por la ley, y así podrán, por ejemplo, otorgarse mutuamente nuevos poderes, o establecer de nuevo el régimen económico de gananciales.

En relación con el discutido carácter unilateral o bilateral de la reconciliación conviene partir de la premisa de que dos no se reconcilian si uno no quiere. Para GARCÍA CANTERO (50), en atención a la situación consagrada en España antes de la Ley 15/2005 (la cual ha suprimido las causas hasta entonces exigidas para un proceso de separación judicial o divorcio), habría que distinguir aquí dos supuestos: uno, cuando había consenso para instar la separación (art. 81.1.º del Código Civil); y otro, cuando la separación se solicitaba por uno solo de los cónyuges por hallarse el otro incurso en causa legal de separación (antiguo art. 81.2.º del Código Civil). En el primer caso, la reconciliación constituirá un acto bilateral, se requiere un consentimiento mutuo. En el segundo caso, la reconciliación tendrá carácter unilateral y se equiparará a un perdón; al estar uno solo de los cónyuges legitimado para instar la separación, dependerá «exclusivamente de su voluntad el desistir de la demanda y reanudar la convivencia» (51).

La tesis del carácter unilateral de la reconciliación encontraba su punto de apoyo, fundamentalmente, en la normativa anterior a la reforma de 1981, se-

CRUZ BERDEJO, Civitas, Madrid, 1994, pág. 870), para quien la reconciliación supone «el paso de una situación anómala a la normalidad del vínculo conyugal».

(48) Díez-PICAZO, L., y GULLÓN, A., *ibidem*; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.ª R., *ob. cit.*, pág. 91; CASTÁN TOBEÑAS, J., *Derecho Civil Español, Común y Foral*, t. 5, vol. I, revisada y puesta al día por G. GARCÍA CANTERO y J. M.ª CASTÁN VÁZQUEZ, Reus, Madrid, 1983, pág. 927; PÉREZ RÚA, M.ª J., *ob. cit.*, pág. 32, entre otros.

(49) Artículo 106, párrafo 2.º, del Código Civil: «La revocación de consentimientos y poderes se entiende definitiva».

Artículo 1.443 del Código Civil: «La separación de bienes decretada no se alterará por la reconciliación de los cónyuges en caso de separación personal o por la desaparición de cualquiera de las demás causas que la hubiesen motivado».

(50) «Comentarios al Código Civil y Compilaciones Forales», t. II, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1982, pág. 289.

(51) Las palabras de GARCÍA CANTERO, G. se refieren a una situación anterior a consumarse la separación por sentencia judicial, ya que una vez decaída sentencia necesariamente la reconciliación tendrá carácter bilateral.

gún la cual sólo podía interponer la acción de separación el cónyuge, denominémosle inocente, ante la culpabilidad probada del otro consorte. El inocente, perdonando al culpable, podía, si quería, reconciliarse, si bien era posible también la existencia de perdón sin reconciliación. Pero, después de aquella reforma, al no regir con carácter general el sistema de separación-sanción, sino más bien el de separación-remedio, y no buscar el legislador sancionar al cónyuge culpable de la crisis conyugal, sino simplemente solucionar ésta, ha dejado en gran parte de tener apoyo la tesis del carácter unilateral de la reconciliación; y así, la mayoría de la doctrina (52) configura la reconciliación de los cónyuges como un acto bilateral basado en el consentimiento mutuo, carácter que se ha potenciado tras la Ley 15/2005, al haber desaparecido de la normativa del Código Civil las causas precisas para iniciar un proceso de separación o divorcio. En resumen, entendemos que el perdón es un acto unilateral, pero la reconciliación exige la bilateralidad aún en los supuestos en los que el proceso se haya instado a iniciativa de uno solo de los cónyuges, pues no es posible obligar a nadie a reconciliarse, ya que la convivencia, por su propia naturaleza, precisa de la colaboración y consentimiento de los dos consortes.

Pero el Código siempre ha exigido un requisito posterior a la efectiva reconciliación de los cónyuges. El antiguo artículo 84 —redactado conforme a la Ley 30/1981— decía que la reconciliación debía ponerse «en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio» (53). La doctrina discutió sobre el valor de este mandato legal de notificar la reconciliación al Juez, y mientras para unos —como GARCÍA CANTERO (54)— la notificación al Juez no era requisito de validez del negocio reconciliatorio, sino presupuesto de eficacia, para otros —como VALPUESTA FERNÁNDEZ (55)— el incumplimiento de la notificación no afectaba a la eficacia de la reconciliación. En resumen, la mayoría doctrinal entendía que la reconciliación existía por el mero consentimiento de los cónyuges de poner término al procedimiento de separación, o de dejar sin efecto lo resuelto en la sentencia de separación, y de reanudar su vida en común con los derechos y obligaciones inherentes al matrimonio (56). La reconciliación tenía lugar por el hecho efectivo de la

(52) Vid. PUIG FERRIOL, L., *Comentario del Código Civil*, t. I, Ministerio de Justicia, Madrid, 1991, pág. 341; VALPUESTA FERNÁNDEZ, M.^a R., *ob. cit.*, pág. 91; Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A., *ob. cit.*, pág. 104; y ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L., *Derecho de Sucesiones*, t. III, Bosch, Barcelona, 1994, pág. 198, entre otros.

(53) Y si el fallo judicial en el que se declare la separación o divorcio se inscribió en el Registro Civil al margen de la inscripción de matrimonio, la reconciliación, de oficio, también se anotará en el Registro Civil a los efectos oportunos (art. 76 LRC).

(54) *Ob. cit.*, pág. 290.

(55) *Ob. cit.*, pág. 92.

(56) Díez-PICAZO, L. y GULLÓN, A. (*ob. cit.*, pág. 104) se preguntaban por el alcance de este mandato legal, y deducían que «la dación de cuenta al juez no se convierte en forma constitutiva de la reconciliación, ni tampoco en forma *ad probationem*».

misma, y no por el conocimiento que el tribunal tuviera o pudiera tener de ella. Pero si la reconciliación era expresa (57), y lo era siempre que se hubiera puesto en conocimiento del Juez que entendiera o hubiera entendido del litigio, la prueba quedaba en gran medida facilitada para el cónyuge supérstite (58).

No obstante, según la opinión general, el cónyuge sobreviviente podía probar por cualquiera de los medios admitidos en derecho la efectividad de la reconciliación, que ésta fue tácita o derivada de hechos concluyentes, y que en consecuencia tenía derechos sucesorios en la herencia del causante. Pero después de la reforma operada en el artículo 84 por la Ley 15/2005 que taxativamente ordena, ahora, que «*ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo —el acto conciliatorio— en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio*», parece que la notificación efectuada por separado al Juez se ha convertido, al menos, en requisito de eficacia, por lo que en cualquier momento posterior a la reconciliación efectiva ésta tendrá que ser comunicada por los cónyuges, por separado, al Juez correspondiente. Resulta curioso observar —dice GOMÁ LANZÓN (59)— que «la ley no admite hoy reconciliación de hecho, y lo cierto es que parece un contrasentido dar carta de naturaleza a la separación de hecho frente a lo que figura en el Registro Civil, y no admitir la misma situación fáctica respecto a una decisión judicial». Tampoco se ve razón que justifique el porqué la notificación de la reconciliación al Juez no puede ser conjunta.

Conviene puntualizar que la reconciliación que deja sin efecto ulterior lo establecido en la sentencia de separación judicial (salvo los efectos expresamente excluidos en los arts. 106, párr. 2.º, y 1.443 del Código Civil) (60) es la reconciliación entre cónyuges, no el perdón que los herederos del fallecido pudieran otorgar al sobreviviente. Lo que el Código Civil exige, para que el viudo tenga derechos sucesorios *abintestato*, es un acuerdo de convivencia, de comunidad de vida entre los separados; en resumen: una reconciliación, no un perdón de terceros ajenos a los cónyuges.

(57) PÉREZ RÚA, M.ª J. (*ob. cit.*, pág. 196) distingue entre la reconciliación expresa y tácita. La forma tácita responde únicamente a los deseos de los cónyuges de reanudar su convivencia con ánimo de recomponer su matrimonio, mientras que a la forma expresa es a la que se refiere el artículo 84 del Código Civil cuando manda poner en conocimiento «*del Juez que entienda o haya entendido en el litigio*» la reconciliación efectuada.

(58) PÉREZ RÚA, M.ª J. (*ob. cit.*, pág. 197) afirma que, «a partir del momento de puesta en conocimiento del Juez la reconciliación, existe una fecha de la misma». Pero, en contra de esta idea, entendemos que la fecha de la reconciliación no es la de conocimiento del Juez, sino desde que efectivamente los cónyuges reanudaron la convivencia conyugal, fecha que presumiblemente habrá sido anterior, lo cual puede tener en algún caso importancia.

(59) *Ob. cit.*, pág. 158.

(60) Entre los efectos excluidos no menciona el Código Civil en ningún lugar la recuperación de los derechos sucesorios.

RESUMEN

SUCESIÓN EN SEPARACIÓN

La Ley 15/2005, de 8 de julio, por la que se modifican el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, además de cumplir su primordial finalidad de «reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge», subsana la criticada falta de armonía de que adolecía el Código Civil en la regulación de los requisitos precisos para que el cónyuge viudo tuviera derechos sucesorios abintestato y derechos legitimarios en la herencia de su consorte.

Así, a partir del 10 de julio de 2005 (fecha de la entrada en vigor de la citada Ley), para disfrutar de derechos en la sucesión del cónyuge premuerto el superviviente deberá no estar separado judicialmente, ni de hecho del difunto, abstención hecha en ambos casos de la inocencia o culpabilidad del sobreviviente. Antes de la reforma, el legislador sancionaba sin derechos legitimarios al cónyuge viudo culpable de la separación judicial, pero la valoración de culpabilidad o inocencia carecía de relevancia para privarle de derechos intestados.

La Ley 15/2005 ha unificado los presupuestos exigidos para la sucesión del cónyuge sobreviviente, tanto en su cuota legitimaria como abintestato, pero si bien desaparecen así algunos problemas de interpretación, no por ello deja de existir problemática. La dificultad se desplazará en numerosas ocasiones a la valoración del propio hecho de la separación fáctica, concepto jurídico en gran medida indeterminado, y a los requisitos exigidos por el nuevo artículo 84 del Código Civil para ser eficaz la posible reconciliación de los cónyuges.

ABSTRACT

SUCCESSION IN SEPARATION

Act 15/2005 of 8 July amending the Civil Code and the Civil Procedure Act in matters of separation and divorce not only complied with its primordial purpose of 'acknowledging greater significance as belonging to the wishes of the person when the person no longer wishes to continue bound to his or her spouse', but also mended the Civil Code's criticized lack of harmony in regulating the requirements needed in order for a widowed spouse to have succession rights ab intestato and rights in a legitime in the estate of his or her partner.

As of 10 July 2005 (the date when the aforesaid act went into force), in order to enjoy rights in the succession of a predeceased spouse, the surviving spouse need not be separated legally or de facto from the deceased, in both cases notwithstanding the innocence or guilt of the survivor. Prior to the reform, legislation used to penalise a widowed spouse guilty of legal separation by giving said spouse no rights in a legitime, but the observance of guilt or innocence could not deprive the survivor of intestate rights.

Act 15/2005 unified the conditions required for succession by the surviving spouse in regard to the spouse's share both via legitime and ab intestato, but although some problems of interpretation have thus been erased, problematic issues still remain. The difficulty will often shift onto how the fact of de facto separation itself, a largely fuzzy legal concept, is to be observed, and onto the requirements set by a new article of the Civil Code, article 84, in order for a possible reconciliation of the spouses to be effective.

(Trabajo recibido el 25-04-06 y aceptado para su publicación el 24-05-06)