



Separaciones y divorcios ante notario

Dirigido y coordinado por

GUILLERMO CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA

Catedrático (acreditado) de Derecho Civil. Universidad de Sevilla

Coautores

Ángel Acedo Penco José Eduardo García Pérez

Luis Bustillo Tejedor José María Gómez-Riesco Tabernero de Paz

Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla Leonardo B. Pérez Gallardo

Paula Díaz Pita M^a del Carmen Vela Fernández

Colaboradores

José Karel Fernández Martella Manuel León González

Manuel García Mayo Ana Moreno Sánchez-Moraleda

Manuel Antonio Seda Hermosín

Prólogo

ISIDORO LORA-TAMAYO Y CARLOS PÉREZ RAMOS

Notarios

Monografías

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

- AC: Actualidad Civil
- ADC: Anuario de Derecho Civil
- AJA: Actualidad Jurídica Aranzadi
- AP: Audiencia Provincial
- Ar.Civ.: Aranzadi Civil
- Art./arts.: artículo/artículos
- BFD: Boletim da Faculdade de Direito
- BIMJ: Boletín de Información del Ministerio de Justicia
- BOE: Boletín Oficial del Estado
- CC: Código civil (español)
- CCAA: Comunidades Autónomas
- CCCat.: Código Civil Catalán
- CCJC: Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil
- CE: Constitución Española
- Cfr.: confrontar
- DDAA: Disposiciones Adicionales
- DDTT: Disposiciones Transitorias
- DGRN: Dirección General de los Registros y del Notariado
- ed.: edición
- EJE: Enciclopedia Jurídica Española
- LEC/1881: Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881
- LEC: Ley de Enjuiciamiento Civil
- LH: Ley Hipotecaria
- Lib.: Libro

- LJV: Ley de Jurisdicción Voluntaria
- LN: Ley del Notariado
- P./pp.: página/páginas
- RCDI: Revista Crítica de Derecho Inmobiliario
- RDGRyN: Resolución de la Dirección General de los Registros y del Notariado
- RDN: Revista de Derecho Notarial
- RDP: Revista de Derecho Privado
- RDPatrim: Revista (Aranzadi) de Derecho Patrimonial
- RGLJ: Revista General de Legislación y Jurisprudencia
- RH: Reglamento Hipotecario
- RJC: Revista Jurídica de Cataluña
- RJN: Revista Jurídica del Notariado
- RN: Reglamento del Notariado
- RT: Revista de Tribunales
- SAP: Sentencia de Audiencia Provincial
- SAT: Sentencia de Audiencia Territorial
- SSTC: Sentencia/s del Tribunal Constitucional
- SSTS: Sentencia/s del Tribunal Supremo
- SSTSJ: Sentencia/s del Tribunal Superior de Justicia
- t.: Tomo
- TC: Tribunal Constitucional
- Tít.: Título
- TS: Tribunal Supremo
- TSJ: Tribunal Superior de Justicia
- Vgr.: Verbigracia
- Vid.: véase
- Vol./s.: volumen/es

PRÓLOGO

Estimado lector, tiene usted en sus manos un libro especial, por varios motivos: por el contexto, el tema escogido, los autores y el coordinador.

El contexto, es la Jurisdicción Voluntaria y lo que la misma implica para los ciudadanos y para el Notariado.

Y es que tras más de seis meses en vigor se puede ya afirmar sin rubor que la Ley de la Jurisdicción Voluntaria (en adelante, LJV), ha supuesto una de las reformas más importantes del Derecho Civil desde la reforma del Derecho de Familia de 1981.

Por supuesto, que sustantiva y conceptualmente no es una reforma tan trascendental, pero sí va a suponer cambios en la vida diaria de los ciudadanos; y es que, si como decía DE CASTRO, el Derecho civil *es el regulador de la vida íntima de la Nación*, tras la LJV, en algunos aspectos, la vida íntima jurídica va a cambiar. No se trata sin más de un cambio del sujeto controlador —del Juez al Notario—, es mucho más importante, puesto que al desjudicializar numerosas actuaciones de jurisdicción voluntaria, lo que se está haciendo es darles una segunda oportunidad, resucitando instituciones que, o bien nacieron muertas, o la realidad de los hechos las acabó enterrando, como el contador-partidor dativo, la aprobación del pago en metálico de la legítima, y el beneficio de inventario. Ya que siendo indudable la preparación y dedicación de todos aquellos que trabajan en la Administración de Justicia, es también indiscutible que la lentitud de la justicia ha condenado al olvido a muchos expedientes y convertido otros, como el divorcio, en un largo calvario para los ciudadanos.

Puede parecer una conclusión exagerada y partidista, puesto que parte de dos notarios, pero no es así; más aún, les proponemos un desafío, o si prefieren un juego: observar en el tiempo la evolución de aquellos expedientes compartidos entre el Notariado y otras instituciones. Una vez hecha la observación, comprobar cuántas se han formalizado ante notario y cuántas ante otros funcionarios y el tiempo en resolverse unas y otras.

Podría objetarse que la jurisdicción voluntaria notarial produce unos costes para el ciudadano, lo que supondría una especie de justicia de primera para ricos y de segunda (por la lentitud) para pobres, ante lo que les contestaremos que no es así, que si bien en el debate social y jurídico que suscitó la Ley de la Jurisdicción Voluntaria muchas veces se ha caído en este argumento, ello parte de una premisa errónea. Y es errónea porque, si bien es verdad que el Notario cobra unos honorarios al interesado y el Juez no (aunque recordemos que la Judicatura no es gratis y cuesta tanto al que le afecta como al ciudadano que nunca ha necesitado de sus servicios), el coste no está en los honorarios del juez que resolvía el expediente, sino en los demás profesionales que concurrían, además del largo tiempo. Sirva sólo de ejemplo que cuando la declaración de herederos se hacía exclusivamente en vía judicial en el año 1992 la media de duración era de seis meses y el coste de unos seiscientos euros, mientras que ahora en vía notarial es de un mes (porque es el plazo mínimo que el Reglamento Notarial impone al notario) y de unos trescientos euros en honorarios, si bien con la particularidad de que trescientos euros de 2016 no es la mitad de los seiscientos euros de 1992...

De todas formas creemos que la principal virtud de la Jurisdicción voluntaria, y la razón de ser de su desjudicialización, es que va a simplificar la vida de los ciudadanos, de manera rápida y barata, o al menos con unos costes razonables.

En relación con la función notarial, hay que tener en cuenta que el Notariado acoge estas nuevas atribuciones con ilusión y responsabilidad. Se equivocan aquéllos que ven en ellas simplemente una treta del Notariado para ampliar sus competencias y así poder ganar más dinero. No es cierto; mientras no se apruebe el nuevo arancel, el coste de muchos de los expedientes corresponde al concepto sin cuantía, cuyo importe no ha variado ¡desde el año 1989!, por lo que los emolumentos serán discretos y totalmente desproporcionados con la responsabilidad asumida.

La mayoría de los notarios se enfrentan a estos nuevos expedientes con cautela y siendo conscientes de que asumimos importantes respon-

sabilidades, no sólo en relación con los sujetos concretos que reclamen nuestros servicios, sino en relación con la sociedad. No hay que olvidar que somos un cuerpo único para todo el País, con oposición única y estatal, entre cuyo temario desde antiguo se estudiaban las instituciones afectadas por la jurisdicción voluntaria en ocasiones con más profundidad y extensión que las propias autoridades que las aplicaban, y que estamos presentes en todo el territorio nacional. No hay pueblo, aldea, ni villa que no tenga un notario próximo.

Desde la perspectiva de la profesión centenaria del notario, según cómo fue configurada por la esencial Ley Orgánica del Notariado de 1862, creemos que la nueva Ley no supone una ruptura con lo que hasta ahora ha sido nuestra profesión; seguimos siendo funcionarios públicos y profesionales del Derecho, fundiendo ambos atributos en armonía de manera inescindible, como decía el maestro RODRÍGUEZ ADRADOS; dos caras de la misma moneda. Pero sí ha supuesto un cambio en el desempeño de la función notarial, a lo menos en dos extremos: el notario como autoridad, y como ejecutor de un control de equidad.

Respecto a la concepción del notario como autoridad es indudable que ésta sale reforzada con la LJV. Frente a posibles vientos liberalizadores de dudosos resultados se puede oponer que el Notario es una profesión reglada tanto en su acceso, como en su control, como en su ejercicio, y que tras la Ley de la Jurisdicción Voluntaria se rearma en su cualidad de autoridad; porque autoridad es quien en nombre del Poder Público autoriza la celebración de un matrimonio o lo disuelve a través del divorcio.

También importante es que a nuestro tradicional *control de legalidad* se ha sumado el *control de equidad* que debemos desarrollar en muchos expedientes. Ya es muy difícil sostener que el notario sea un simple testigo de lo que manifiestan las partes, como débil queda la argumentación de la criticada (entre otros por un expresidente del Gobierno) STS 20 de mayo de 2008 cuando negaba que el Notario desempeñara y realizara un control de legalidad. Puesto si dicha afirmación ha sido puesta en duda por normas posteriores, más aún tras la nueva LJV en la que se va más allá del control de legalidad, entrando de lleno en el control de equidad. Puesto que hay determinados expedientes, como la aprobación del pago en metálico de la legítima, y especialmente el de la partición ejecutada por el contador-partidor dativo, o el examen del convenio regulador en el divorcio, en los que el Notario no sólo debe comprobar que se han cumplido todos los requisitos legales (atributos propios del control de

legalidad), sino que además debe ir más allá y comprobar si se han respetado los derechos de los legitimarios excluidos del *pars bonorum*, o de los sucesores del causante, o que se ha guardado el equilibrio exigible en el convenio regulador. En definitiva, el Notario pasa a resolver sobre cuestiones que hasta entonces eran propias de los jueces y que ahora, incluso, son compartidas, algunas de ellas, en sede judicial, con los Letrados de la Administración de Justicia; y en esa resolución se está desarrollando algo más que el control de legalidad: se está dirimiendo y declarando, en ciertos casos, sobre situaciones jurídicas.

Respecto al expediente del divorcio, desde la entrada en vigor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria es uno de los más frecuentes en nuestros despachos, y creo que hasta ahora la experiencia ha sido muy positiva para los ciudadanos: se ha reducido el tiempo de espera, pudiendo otorgarse el mismo día de su solicitud, y se han abaratado los costes.

Finalmente, tenemos que hablar de los autores de este libro, en el que se reúnen verdaderos especialistas, combinándose en armonía representantes del mundo académico y científico, y del Notariado, con la particularidad del profesor y Notario cubano Leonardo Pérez-Gallardo en el que concurren inescindiblemente las dos cualidades y que dignifica la tradición de los notarios-profesores, siendo además una obligada referencia de la impronta de los clásicos españoles del Derecho español en el cubano y en gran parte de la América hispana.

De todas maneras, los representantes de ambos mundos que han trabajado en esta obra tienen en común la preocupación por una visión práctica, aunque también profunda del Derecho. Se trata de maestros, no sólo del *derecho vivido*, sino también de la reflexión y el análisis; y que además representan algunas de las figuras jóvenes con mayor proyección del mundo académico y del notariado, auténticas realidades que están destinadas a marcar el paso en la vanguardia de sus respectivas profesiones.

Merece también especial mención la figura abnegada y exigente del coordinador, que en este libro ha correspondido al profesor de la Universidad de Sevilla Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla, verdadero especialista en la materia, en cuanto que fue de los primeros en defender a través de sus proféticos escritos la conveniencia de la instauración en España del divorcio notarial. Coordinador que aúna una sólida formación, y un estudio profundo de las instituciones, con un elemento indispensable, alimento que necesita cualquier empresa digna de ser emprendida: *la pasión*; pasión irrefrenable por conocer, por compartir,

por no quedarse en la superficie, en suma por profundizar, adentrándose desde las entrañas hasta el alma de una institución.

En fin, querido lector, tiene usted en sus manos una obra llamada a ser referente, cuya cita no podrá faltar en ninguna obra futura sobre la materia, puesto que es la primera monografía que se dedica a diseccionar a través de importantes especialistas —algunos de ellos protagonistas en su aplicación y en su difusión— una institución que dará mucho de que hablar: el divorcio notarial.

ISIDORO LORA-TAMAYO RODRÍGUEZ y CARLOS PÉREZ RAMOS
Notarios

NOTA DEL DIRECTOR-COORDINADOR

Como de buen nacido es ser agradecido, en mi condición de director o coordinador de este libro quisiera aquí, en esta nota, mostrar mi gratitud a todos quienes, de uno u otro modo, han intervenido en su gestación: desde sus prologuistas, hasta sus colaboradores, pasando, naturalmente, por sus coautores, que han escrito —éstos—, revisado —aquéllos— y han hecho —todos ellos— valiosas aportaciones. En su mayoría, quienes han trabajado para este libro han tenido que sacrificar su trabajo, incluso la dedicación a sus familias, para centrarse en menesteres más propios del investigador del Derecho que de su aplicador cotidiano.

Pero mostrado el agradecimiento, debo también hacer algunas advertencias al posible lector de esta obra. La más importante, sin duda, es subrayar la novedad del tema que aquí se aborda: el de las separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario. Aunque con antecedentes extranjeros, algunos de ellos muy recientes y cercanos a nosotros, el Derecho español, de larguísima tradición antidivorcista, se estrena con esta nueva modalidad de resolución de crisis matrimoniales, que hace poco ha comenzado a dar sus primeros pasos en la práctica notarial. No hemos podido contar, por tanto, con un precedente, ni legal, ni jurisprudencial o doctrinal —salvo alguna honrosa excepción— que pudiéramos tomar como referente de estudio. Casi todo, pues, ha sido terreno virgen que descubrir y abonar por nosotros mismos: desde la interpretación de la reciente ley, hasta la redacción de formularios que sirvan a la práctica notarial.

Y es que la propia ley, como por lo demás suele ser habitual, no ha sido clara en muchas cuestiones, lo que ha provocado que la opinión

de quienes participábamos en este libro no siempre haya sido unánime. Piénsese, por ejemplo, en temas tan delicados como la intervención obligada de abogado (si es o no oportuna, y si, aun siéndolo, basta con uno solo o son necesarios dos letrados en defensa de ambos esposos,..); o como lo relativo al consentimiento de los cónyuges y, en su caso, al de los hijos emancipados dependientes económicamente (si tales consentimientos han de ser prestados conjunta y personalmente, o, en cambio, pueden serlo de forma separada y por representante —o incluso por mensajero—, o el alcance mismo de tal consentimiento cuando proviene de los hijos, pues ¿acaso han de consentir el hecho mismo de la separación o del divorcio de sus padres?...); también polémica es la tramitación misma de la separación o del divorcio ante notario (donde cabe discutir si ha de servir de guía la tramitación que ante el Letrado de la Administración de Justicia prevé la Ley de Enjuiciamiento Civil, o si, por el contrario, basta con el proceder habitual del notario conforme a su Legislación); o como sucede con el tema de la propia eficacia frente a terceros de la separación o del divorcio una vez homologado y escriturado por el notario (donde, tal vez, quepa plantearse si tal oponibilidad *erga omnes* se alcanza con la escritura o, más bien, con su posterior inscripción en los oportunos Registros públicos); o piénsese, en fin, como tema igualmente polémico y delicado, que para mí constituye el *punctum dolens* del divorcio notarial, el del control que el notario debe realizar sobre la propuesta de convenio regulador de separación o de divorcio presentada por los cónyuges y su letrado (pues, ¿debe ser un simple control de legalidad, acompañado de lo que algunos llaman un control de lesividad, limitado a la protección de los hijos, o, siendo más ambiciosos y tuitivos, debe tratarse de un control de legalidad y de justicia —o equidad— que vele por la protección no solo de los hijos, sino también por la de los cónyuges?)...

Para la solución de estas y otras cuestiones los autores de este libro hemos llegado a veces a una *entente cordiale*, pero no siempre ha sucedido así. Sin desvelar en esta nota las soluciones que se han dado a tales problemas, y dónde ha habido, o no, tal entendimiento cordial, sí debo indicar que cuando éste no ha sido alcanzado así ha quedado advertido en la obra. Pues esta ha sido la labor de su director o coordinador: no la de censurar lo que cada cual opine e imponerle una determinada opinión, sino la de procurar que la obra final fuese completa y coherente, que en ella no hubiese omisiones (cuestiones sin tratar), ni contradicciones (salvo las advertidas opiniones discordantes sobre cuestiones debatibles).

Si no lo he conseguido, entono el *mea culpa*. Pero a partir de ahí, que cada autor sea responsable por sí solo de lo que haya escrito (como dice aquella conocida frase proverbial, que «cada palo aguante su vela»). Y que sea el lector, juez implacable, quien nos juzgue por esta obra que ahora, por fin, comienza.

INTRODUCCIÓN

SEPARACIÓN Y DIVORCIO NOTARIAL A LA ESPAÑOLA: UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO COMPARADO

Leonardo B. PÉREZ GALLARDO
Profesor Titular y Principal
Derecho Notarial
Universidad de La Habana
Notario

I. EL «FANTASMA» LLEGA A ESPAÑA¹

Tres años después de su anuncio por el entonces Ministro de Justicia RUIZ GALLARDÓN se sanciona y se publica el texto de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, Ley No. 15/2015, de 2 de julio, que incluye la regulación de la separación y el divorcio por mutuo acuerdo, alternativamente ante el secretario judicial (ahora llamado letrado de la Admi-

¹ Hace ya unos años publiqué un artículo que titulé «Un ‘fantasma’ recorre Latinoamérica en los albores de este siglo: el divorcio por mutuo acuerdo ante notario», que motivó cierto interés en la doctrina, lo cual me llevó a publicarlo en varias revistas iberoamericanas, entre ellas, la *Revista Actualidad Jurídica*, Lima, Perú, tomo 183, febrero 2009, pp. 345-361, la *Revista Ius del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla*, México, n° 23, Año III, Verano 2009, pp. 214-262, y la *Revista de Derecho de Familia*, n° 43, abril-junio 2009, Madrid, España, pp. 273-307. Aunque algún autor español consideró la expresión, aunque gráfica, un tanto exagerada, el recorrido del fantasma se ha hecho imparable y en pocos años, además de los países cuyos ordenamientos jurídicos en Iberoamérica habían recepcionado esta vía procedimental de tramitar el divorcio por mutuo acuerdo, en la actualidad se han sumado Bolivia, Nicaragua, y ahora la propia España.

nistración de Justicia), o ante el notario. Era evidente la necesidad de desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo. Tras la Ley No. 15/2005, de 8 de julio², llamada del divorcio *express*, al pasar de un divorcio sanción a un divorcio remedio, descausalizándose el divorcio, y posibilitar acudir a él, sin necesidad de una separación judicial previa, con el solo requerimiento de haber transcurrido tres meses desde la formalización del matrimonio, era entonces evidente que el divorcio ante notario u otro funcionario no judicial, fuera una noticia anunciada.

Pocos países como España tienen a su favor un notariado pertrechado de conocimientos teóricos, de herramientas técnicas, de experiencia y habilidades profesionales, de abolengo gremial, de recursos tecnológicos... en fin, de solvencia intelectual, como el español. Diríamos que estamos frente a uno de los paradigmas del notariado latino, cuya vasta y aguda doctrina ha informado a toda Iberoamérica, siendo fuente de inspiración en la organización y funcionalidad de sus notariados. Cuna de los más connotados notarios de la modernidad, nadie dudaría en atribuirle competencias para actos tradicionalmente incluidos dentro de los de jurisdicción voluntaria, al notariado español. Si ya lo han ensayado en el continente otros notariados inspirados en su mayoría en el notariado español, como los de Cuba, Colombia, Ecuador, Brasil, Perú, Bolivia y últimamente Nicaragua, por qué va a resultar azarosa la atribución competencial al propio notariado español de la separación o del divorcio por mutuo acuerdo³.

Ahora bien ¿Por qué desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo? ¿Es acaso una tendencia? La experiencia vivida en los últimos años en Iberoamérica es interesante. Es cierto que rara vez el Derecho de este lado del Atlántico es tomado en cuenta por los juristas españoles, pero en esta ocasión la influencia se hace palpable. Sin duda, cada Estado que ha desjudicializado el divorcio lo ha hecho a partir de sus propias particularidades, tomando en consideración la realidad y el entorno socio-

² Como dato curioso, parece ser que las últimas leyes reguladoras en España sobre el divorcio, han de corresponderle el número 15, del mes de julio y de años cuyos últimos dígitos sean 5.

³ Siempre he preferido llamar por su nombre a los fenómenos o instituciones jurídicas. Eso de crisis matrimoniales se me antoja más un tema propio del psicoanálisis, que del Derecho. El notario o el juez no es un psicólogo, aunque deban tener conocimientos elementales de Psicología. Dejémosle a tales profesionales el estudio mismo de las crisis matrimoniales y asumamos lo que nos corresponde: o bien la separación, o lo que en definitiva supone el final del matrimonio, a saber: el divorcio.

jurídico⁴. No se olvide que el divorcio no solo importa para los juristas. Es una figura que constituye centro de atención para la Demografía, la Psicología, las Estadísticas, la Sociología, en tanto supone la ruptura del matrimonio, históricamente base de la familia, si bien ya ahora superado, en el sentido de que no es la única fuente de formación familiar, con innumerables consecuencias que van más allá del Derecho.

Quienes han incursionado en este tema centran la atención en la necesidad de buscar nuevos cauces en pos de solucionar, con la menor lesividad posible, la decisión de la pareja de poner fin al matrimonio. La vida ha demostrado que los negocios con la Diosa Themis en este orden, tienden a provocar más heridas, a partir de los argumentos y contra argumentos que se incluyen en los escritos polémicos del debate judicial. Aún con la creación de una jurisdicción familiar y de un procedimiento especial en sede judicial en materia de familia, el divorcio litigioso multiplica rencores, las partes se convierten en enemigos que buscan el chantaje emocional, e incluso que toman como rehenes de sus mezquinos intereses, a sus propios hijos, en una lucha sin cuartel por lograr sus propósitos, sus deseos de venganza y sus frustraciones. Es cierto que el divorcio por mutuo acuerdo también tiene cabida en sede judicial. Pero, aun así, se desnaturalizaría la esencia de la función judicial, si los jueces se limitan a homologar el acuerdo al que arriban los cónyuges, cuando dentro de la Administración Pública, e incluso fuera de ella, hay funcionarios con facultades que le permiten tal homologación, o instrumentación del referido acuerdo o convenio, amén de los controles de legalidad, y también de equidad, o de lesividad —como se le suele nombrar en el Derecho español—.

Que España haya optado por desjudicializar el divorcio por mutuo acuerdo, que no amistoso⁵, es un signo de buen ver para quienes hemos

⁴ Así lo deja dicho el autor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria cuando justifica la existencia de la norma, su *ratio* misma. En tal sentido, expresa que ha actuado «conforme con la experiencia de otros países, pero también atendiendo a nuestras concretas necesidades, y en la búsqueda de la optimización de los recursos públicos disponibles». Razón que le lleva a optar por «atribuir el conocimiento de un número significativo de los asuntos que tradicionalmente se incluían bajo la rúbrica de la jurisdicción voluntaria a operadores jurídicos no investidos de potestad jurisdiccional, tales como Secretarios judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, compartiendo con carácter general la competencia para su conocimiento».

⁵ Prefiero llamarlo así, antes que divorcio amistoso, lo cual resulta un verdadero eufemismo. El hecho de que la pareja haya decidido divorciarse por mutuo acuerdo, no quiere decir que lo haga amistosamente. Ante la imposibilidad de una reconciliación,

defendido esta posición, precisamente por el peso que tiene en el contexto iberoamericano la dogmática jurídica de ese país. El hecho de que la pareja que ha visto frustrado su proyecto de vida en común por el cual apostaron al casarse, opten por el divorcio en sede notarial, es expresión de un cierto sentido de civilidad. Las normas jurídicas reguladoras del divorcio deben interpretarse a tono con los tiempos en que vivimos.

No obstante, tampoco comparto, en todo, la tesis que tiende a contraponer el divorcio al matrimonio, jurídicamente hablando, o sea, como las dos puertas de un recinto cerrado, así el matrimonio supone la de entrada, y el divorcio la de salida. En este sentido, no creo que sea una mera ecuación el que la atribución de la competencia al notario para conocer del matrimonio, tenga que venir inexorablemente de la mano de la atribución de igual competencia para conocer del divorcio⁶. Matrimonio y divorcio no tienen las mismas consecuencias, sobre todo de cara a terceros, ya sean estos menores de edad, o no. Es cierto que cuando la pareja formaliza matrimonio el Derecho tiende a ser menos exigente en el orden sustantivo y hasta formal —por supuesto, con independencia de los sistemas matrimoniales más solemnes o menos solemnes en el Derecho comparado—, que cuando decide divorciarse. Y entiendo y comparto esa diferencia de tratamiento legislativo. Ello está dado porque al casarse, en ese momento, si bien muta el estado conyugal de la pareja, la decisión en el orden estrictamente jurídico tiene menos consecuencias, que la que posteriormente podría tener de cara a los hijos, sobre todo cuando éstos aún son menores de edad, o tienen —para hablar con el lenguaje que utiliza el autor de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria española—, la capacidad modificada judicialmente, o para los propios cónyuges, o para terceros acreedores de la sociedad legal de gananciales o de la comunidad matrimonial de bienes, según el *nomen* que se le atribuya en cada orde-

o sea, de la insostenibilidad de la vida en común, puede que ambos miembros de la pareja no encuentren otra alternativa que el divorcio, por mucho que le cueste. Ambos entonces deciden poner fin, digamos en armonía, en pleno entendimiento, pero no de manera amistosa. Que algunos divorcios sean así, no permite, a mi juicio, generalizar esta expresión del lenguaje. No es lo más común que el divorcio se desarrolle con sentido de amistad, ni que tras el divorcio, queden los miembros de la pareja como amigos. Reitero, no es lo más común. Amistad no es sinónimo de entendimiento, armonía, comprensión.

⁶ No siempre ha sucedido así en el Derecho iberoamericano. *V.gr.*, en Ecuador y en Perú, los notarios que tienen atribuida competencia para conocer del divorcio por mutuo acuerdo no autorizan escrituras públicas de matrimonio.

namiento jurídico. El divorcio supone no solo el fin de la vida afectiva, el finiquito de los deberes personales, sino también el nacimiento de ciertas obligaciones de contenido patrimonial, la extinción y, en su caso, la liquidación del régimen económico patrimonial, si éste fue común, de los derechos sucesorios *ab intestato* y legitimarios entre los miembros de la pareja. Con el divorcio se hace necesario fijar o determinar lo relativo a la patria potestad o autoridad parental, al régimen de comunicación de los menores hijos con sus progenitores. El divorcio cierra un paréntesis, a la vez que es el inicio de otro, cuyo cierre no se divisa en tiempos.

II. ¿QUÉ SUPONE LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL DIVORCIO, ACASO OPTIMIZACIÓN DE LA JUSTICIA?

La Ley de la Jurisdicción Voluntaria de 2015 tiene una clara filosofía que busca, en esencia, otras alternativas a la judicial y no la suplencia, lo que resulta palpable en sede de separación y de divorcio. No se trata de dar competencia exclusiva al notario. No ha sido tampoco el espíritu de este proceso de desjudicialización del divorcio por mutuo acuerdo. Si bien la vía notarial ha sido la idónea como cauce procedimental, quienes han transitado antes por estos senderos han procurado opciones. Como se explica en el Preámbulo de la mencionada Ley «*La facultad que con ello tienen los ciudadanos de acudir a diferentes profesionales en materias que tradicionalmente quedaban reservadas al ámbito judicial, sólo puede interpretarse como una ampliación de los medios que esta Ley pone a su disposición para garantizar sus derechos. Constituye una garantía para el ciudadano, que ve optimizada la atención que se le presta, al poder valorar las distintas posibilidades que se le ofrecen para elegir aquella más acorde con sus intereses. Ningún aspecto de los ciudadanos se verá perjudicado dado que pueden acudir o al Secretario judicial —sic—, haciendo uso de los medios que la Administración de Justicia pone a su disposición, o al Notario o Registrador, en cuyo caso deberán abonar los aranceles correspondientes*». No se trata de un criterio impositivo, sino de abrir nuevos cauces, y con el diapasón de opciones que tienen las personas, de acomodar la tramitación del divorcio a los intereses de la pareja.

Como expone CULACIATI, buscando alternativas en la sociedad argentina, tras la reciente entrada en vigor del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, desde el pasado 1 de agosto de 2015, «La desjudicialización constituye, (...) el paso siguiente en la evolución del divor-

cio, que debemos observar como una denuncia o exteriorización ante el Estado de la finalización de la relación afectiva que sustentaba el matrimonio. Es el Estado el mayor interesado en que sus registros se condigan con la realidad. Esta denuncia alitigiosa, que sólo exige la constatación de la voluntad y ciertos requisitos, debe ser externada de la sede judicial y escindida de las cuestiones relativas a la ruptura marital pues, además, ello supondría la reducción del conflicto familiar al que los hijos se ven expuestos; reduciendo los costos económicos, psicológicos y emocionales a los estrictamente ocasionados por el quiebre afectivo, sin añadir los propios del proceso judicial lo que, por propiedad transitiva, contribuye a cimentar la relación en la etapa post-divorcio»⁷.

En este orden, como ya he explicado, la tendencia ha sido la de compatibilizar las vías judicial y extrajudicial. Ningún ordenamiento jurídico que ha reatribuido competencias, ha despojado al poder judicial de la competencia para conocer del divorcio por mutuo acuerdo, en algunos casos como alternativa o facultad de las partes, que es lo más loable y lo más común entre los ordenamientos jurídicos que han promovido el divorcio ante notario, o en otros como vía subsidiaria, tal y cual acontece en Cuba en que la tramitación del divorcio por mutuo acuerdo en vía judicial responde a la negativa del notario para su tramitación que en la Ley de Procedimiento Civil, Administrativo, Laboral y Económico queda claro en el artículo 380, a cuyo tenor la competencia del tribunal estará supeditada a la negativa notarial, o sea, si bien admite ambas vías, la judicial solo corresponde, subsidiariamente, tras una imposibilidad de la notarial⁸. Por su parte, la legislación colombiana y la brasileña tienen la

⁷ CULACIATI, Miguel, «Razones y sinrazones que demoran la desjudicialización del divorcio en la Argentina», en *Revista Ius*, del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, No. 36, año V, invierno 2015, p. 364.

⁸ Con carácter muy excepcional se puede tramitar en Cuba el proceso de divorcio por mutuo acuerdo según lo dispuesto en los artículos 380 y 381 de la LPCALE. Ello solo procede ante la negativa del notario de autorizar la escritura de divorcio por mutuo acuerdo, lo que en la realidad hace prácticamente imposible la tramitación del proceso por mutuo acuerdo ante tribunal competente, el cual, antes de la entrada en vigor del Decreto-Ley No. 154/1994 sobre el divorcio notarial, era más que excepcional, ni qué decir en la actualidad, ante la negativa del notario. Empero, más por testarudez que por sensatez, el legislador del citado Decreto-Ley modificó el artículo 380, supeditando la sustanciación judicial de un mutuo acuerdo, cuando no proceda ante Notario, «*Cuando el divorcio por mutuo acuerdo no proceda ante Notario quedará expedita la vía para tramitarlo ante el tribunal competente. En este caso el proceso se iniciará mediante escrito firmado por los cónyuges en el que solicitarán la disolución del vínculo matrimonial y harán constar las*

misma orientación que la española, o sea, no supeditar la vía judicial, a la improcedencia de la notarial (esta última lo establece expresamente en el artículo 2 de la Resolución No. 35 de 24 de abril del 2007 del Consejo Nacional de Justicia que: «*É facultada aos interessados a opção pela via judicial ou extrajudicial; podendo ser solicita, a qualquer momento, a suspensão, pelo prazo de 30 dias, ou a desistência da via judicial, para promoção da via extrajudicial*»). En el Perú cabe la disolución del vínculo matrimonial alternativamente ante el alcalde, el juez o el notario, según la vía solicitada de común acuerdo por las partes (*vid.* artículos 354 del Código Civil y 580 del Código Procesal Civil, según la redacción dada por la Disposición complementaria y final primera de la Ley que regula el procedimiento no contencioso de la separación convencional y divorcio ulterior en la municipalidades, Ley No. 29227/2008, de 15 de mayo). También es la posición que asume el Código de Familia de Nicaragua, Ley No. 870 de 24 de junio de 2014 en su artículo 159, que le atribuyó competencia al notario para conocer del divorcio por mutuo consentimiento⁹, empero, sin dejar de atribuirle tal facultad a los jueces y que también se colige, asume el Código de las Familias y del Proceso Familiar de Bolivia, Ley No. 603 de 19 de noviembre de 2014 (artículos 206 al 213).

En todos los casos analizados la finalidad no ha sido otra que la búsqueda de vías más expeditas, más dúctiles, que ofrezcan cierta celeridad a un proceso en que la misma función homologadora que compete al juez en un proceso de jurisdicción voluntaria, puede ser asumida por el notario, o incluso por otras autoridades, como los alcaldes en el Derecho peruano. Con este intento no se trata de trivializar el divorcio, ni tampoco de privatizarlo, no es ese el cometido. Se trata de ofrecer garantías extra-

convenciones a que hayan llegado respecto a las relaciones paterno filiales y referidas a la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos comunes menores, régimen de comunicación con éstos, pensiones que correspondan y separación de bienes comunes». De este modo la presentación del escrito de demanda, podrá iniciarse por uno de los cónyuges, por ambos o por el abogado director, que no representante, de ambos cónyuges, asimismo se acompañará el documento expedido por el Notario en el que hace constar su negativa. Habría pues que ahondar en el estudio casuístico para buscar un ejemplo en que absteniéndose el Notario de autorizar la escritura de divorcio por mutuo acuerdo, cabría la posibilidad de su sustanciación en sede judicial. Extremo no imposible, pero sí improbable.

⁹ Sobre el tema *vid.* PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., «Divorcio por mutuo consentimiento ante notario en el nuevo Código de Familia de Nicaragua: La fábula de la zorra y el cangrejo de mar», en *Anuario de la Facultad de Derecho* de la Universidad de Extremadura, No. 31, 2014, pp. 429-457.

judiciales a la decisión de la pareja de poner fin al vínculo matrimonial que les une. El matrimonio desde hace muchos años ha dejado de estar sacralizado. Su ruptura debe sustanciarse de la manera menos lesiva para los cónyuges, lo cual no supone que en modo alguno el divorcio se convierta en un contrato.

Y en España la situación era evidente, tras la aprobación y puesta en vigor de la llamada Ley sobre el divorcio *express* (Ley No. 15/2005), en la que al descausalizarse el divorcio y permitir que los cónyuges pudieran acudir a este, en sede judicial, siempre que cumplieran el requisito de tres meses de haber formalizado el matrimonio, potenciándose el principio de autonomía privada, la intervención judicial para homologar el acuerdo de la pareja, sin hijos menores de edad, o con capacidad judicialmente modificada, no se justificaba. Como apuntara TAPIA FERNÁNDEZ, desde un análisis procesal, si en la Exposición de Motivos de la Ley de 2005 se había dejado dicho que lo que trasciende en el divorcio es la «*voluntad de la persona que ya no desea seguir vinculada a su cónyuge*», por lo que «*el ejercicio de su derecho a no continuar casado no puede hacerse depender de la demostración de la concurrencia de causa alguna, pues la causa determinante no es más que el fin de esa voluntad expresada en su solicitud*», entonces es palpable —según expone la mencionada profesora-: de «¿qué necesidad hay de un proceso jurisdiccional a través del cual se dirima la contienda entre las partes? Si, como sigue diciendo la Exposición de Motivos de la Ley, “*basta con que uno de los esposos no desee la continuación del matrimonio para que pueda demandar el divorcio, sin que el demandado pueda oponerse a la petición por motivos materiales, y sin que el Juez pueda rechazar la petición, salvo por motivos personales*” (...) ¿qué tipo de litigio o contienda existe entre los cónyuges que necesite de un proceso jurisdiccional y de una sentencia que la resuelva? No parece imaginable un proceso (que, en cuanto tal y por esencia, *nemine* discrepante, implica una controversia entre litigantes cuya solución ha de venir dada por la sentencia jurisdiccional) en el que “*el demandado no pueda oponerse a la petición*”, ni “*el Juez pueda rechazar la petición*”. ¿Qué oposición o resistencia a la pretensión existe ahí? ¿Qué mandato legal obliga al Juez a acoger la petición en todo caso? ¿Para qué un proceso en el que la decisión le viene impuesta al Juez en atención a lo pedido por el actor?»¹⁰.

¹⁰ TAPIA FERNÁNDEZ, Isabel, «El nuevo proceso de divorcio tras la promulgación de la Ley 15/2005, de 8 de julio (RCL 2005, 1471). ¿Necesidad de un proceso especial? ¿Necesidad de un proceso?», BIB 2006\674, en *Aranzadi Civil*, No. 7/2006 (Estudio).

La propia autora, de manera previsoramente, en el 2006 expresa que: «tras la promulgación de la Ley 15/2005, la falta de adecuación de la pretensión de divorcio con el sistema procesal arbitrado para su exigencia es patente. Y no sólo porque la nueva regulación no justifique la existencia de un procedimiento especial de los previstos en el Título I del Libro IV de la LEC; es que ni siquiera justifica la existencia de un proceso jurisdiccional. Pienso que el trámite de un expediente de jurisdicción voluntaria o, incluso, la comparecencia ante un fedatario público podría ser suficiente para satisfacer la pretensión de divorcio»¹¹.

III. EL NOTARIO, ¿NEUMÓLOGO DE LOS JUECES?

Ahora bien, en esta filosofía desjudicializadora del divorcio por mutuo acuerdo, todos hemos sucumbido en una concepción doctrinaria, la que considero —si bien hoy, no antes—, no cierta del todo. Y es que una y otra vez hemos reiterado, los que nos hemos acercado de alguna manera al estudio de este tema, que con la atribución de la competencia al notario se *descongestionan* los tribunales¹², lo que también se ha dicho

¹¹ *Idem.*

¹² Para DE AMUNATEGUI RODRÍGUEZ, Cristina, «Divorcio notarial y convenio regulador», en *Diario La Ley*, año XXXIII, No. 7837, 13 de abril de 2012, p. 9, en una fecha próxima al anuncio de la reforma legal en materia de separaciones y divorcios y su posible atribución competencial a los notarios «Los problemas que debe solventar tal reforma son importantes y de índole variada, así como los retos que supone para el legislador, en los que no podemos entrar ahora detalladamente, pero, decididamente está presente, como guía, el ánimo de descongestionar los Juzgados, intentando paliar el colapso en el que se hayan sumidos gran parte de los Tribunales». Igualmente, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «El divorcio notarial que viene... a España (o de la inevitable desjudicialización del divorcio amistoso)», en *Quaderni di Conciliazione*, 2011, n° 2; y en la obra colectiva *Cuestiones actuales de Derecho patrimonial desde una perspectiva italo-española*, coordinada por Murga Fernández y Tomás Tomás, Valencia, 2013, para quien «Es unánime en todos los sistemas que han desjudicializado el divorcio consensual destacar que ello ha obedecido a una exigencia de ahorro en tiempo y en costes (no sólo económicos, sino también psicológicos, de los justiciables, y sociales en general), tanto en los procesos de divorcio amistoso, como también, más allá, para descongestionar de trabajo a los tribunales de justicia, cuya labor quedaría circunscrita a los divorcios contenciosos». También se refiere al efecto descongestionador de la medida (o sea, de la atribución de competencia en actos de jurisdicción voluntaria, entre ellos el divorcio por mutuo acuerdo ante notario), MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, Jesús Alberto, «La implantación del divorcio por mutuo acuerdo ante notario en España», en *Revista*

en algunas exposiciones de motivos de normas iberoamericanas¹³. O sea, con ello hemos partido de la necesidad de que los tribunales se centren en los asuntos puramente litigiosos, es decir, en lo que constituye una verdadera jurisdicción contenciosa, que hay que dirimir, y que por naturaleza les compete. Y ante ese *mare magnum* de procesos que se sustancian por centenares en los tribunales de cualquier país, el divorcio ocupa un por cien nada desdeñable, por lo cual si se reatribuye competencias a otros funcionarios como los notarios, la proporción del número de divorcios en sede judicial, teóricamente disminuiría. Tesis que podría refutarse pues los divorcios litigiosos son mayormente aquellos en los que hay hijos menores de edad, y estos siguen en sede judicial, salvo en algunos pocos países que como Cuba y Colombia se lo atribuyeron también al notariado. De modo que, si verdaderamente se quieren *descongestionar* los tribunales, el divorcio debiera ser atribuido al notario, aun habiendo hijos menores de edad. Empero, asumiendo la tesis, qué función se le asigna al notario, ¿acaso es un neumólogo del juez? O sea, sin proponérselo, se ofrece una mirada excesivamente utilitarista de la función pública notarial.

No es dable seguir defendiendo la idea de que el divorcio en sede notarial se sustenta, en esencia, en que va a aliviar la carga o el peso que gravita sobre los tribunales, y sí, por el contrario, confirmar la razón científica que justifica por qué el notariado puede ser competente para conocer de un procedimiento familiar que siempre ha estado confinado en sede judicial. La *ratio* por la cual se le atribuye competencia al notario no puede estar únicamente en función de aligerar la labor judicial, de facilitar la celeridad de las actuaciones judiciales¹⁴, sino de la propia

Crítica de Derecho Inmobiliario, No. 734, p. 3371. De descongestión también habla en su artículo CULACIATI, M., «Razones y sinrazones...», *cit.*, pp. 369-371.

¹³ A modo de ejemplo, la Resolución No. 35 de 24 de abril del 2007 que reglamenta la aplicación de la Ley No. 11411/2007 del 4 de enero, que instaura el divorcio notarial en Brasil afirma: «*A finalidade da referida ley foi tornar mais ágeis e menos onerosos os atos que se refere e, ao mesmo tempo, descongestionar o Poder Judiciário*».

¹⁴ Lo que no niego ha sido el fundamento de las leyes que le han atribuido competencia al notario, según se colige del Preámbulo del Decreto-Ley No. 154/1994 de Cuba, y de los respectivos Preámbulos de la Resolución No. 35, de 2007, de Brasil, y del Decreto-Ley No. 272/2001 de Portugal y tampoco lo deja de hacer la Ley española de la Jurisdicción Voluntaria cuando en su Preámbulo deja expresado que se propone facilitar «... a los ciudadanos una regulación legal sistemática, ordenada y completa de los diferentes expedientes que se contienen en ella, actualizando y simplificando las normas relativas

naturaleza del asunto, y de la concesión a las personas de facultades o alternativas para encauzar sus pretensiones, en concreto la legalización de la ruptura de su vínculo matrimonial, la obtención de un título formal que legitime su nuevo estado conyugal. La búsqueda de una justicia no judicial se sustenta hoy no solo en la actuación del notario, sino también de otros medios alternativos de solución de conflictos.

No es una casualidad este proceso de «notarialización del divorcio por mutuo acuerdo». Y obsérvese que el fenómeno se puede estudiar desde dos perspectivas, una desde el deshiele de la judicialización de una buena parte de las instituciones del Derecho de Familia, de las cuales el divorcio es la punta de iceberg, a lo que se ha denominado desjudicialización. Pero la desjudicialización no supone necesariamente la notarialización. Ahí están los ejemplos de México y Portugal que han desembocado en un divorcio administrativo, en los que la competencia para conocer del divorcio por mutuo acuerdo le ha sido atribuida en vez de a los notarios, a los jueces encargados del registro civil o conservadores del estado civil, como los nombra las legislaciones de México y Portugal, respectivamente. En México, el Código Civil federal en su artículo 272 regula el llamado divorcio administrativo. Se trata de un divorcio fácilmente obtenible, en el que resulta suficiente cumplimentar los requerimientos legales exigidos, que no son muchos, por demás. No se olvide que solo procede en ausencia de hijos procreados en común por los consortes. En la propuesta portuguesa se le atribuye el conocimiento del divorcio al conservador del estado civil, se trata de un divorcio también calificado de administrativo por la autoridad competente, y regulado en el artículo 14 del Decreto-Ley No. 272/2001, de 13 de octubre. En ambos casos hay un fenómeno de desjudicialización, pero no de notarialización del divorcio.

Esta última alternativa sigue siendo la más común y a la que ha entrado también España con su nueva Ley de la Jurisdicción Voluntaria y las modificaciones introducidas en el Código Civil y en la Ley Orgánica del Notariado. El notario sigue siendo una pieza clave en la seguridad jurídica preventiva, consejero por excelencia de las personas, a quienes asiste también en el logro de sus fines, acompañándole en los sinuosos derroteros de la vida. Y confiando la sociedad en la solvencia moral e intelectual del notariado, encuentra en él el Estado el funcionario, a la vez

a su tramitación, tratando de optar por el cauce menos costoso y más rápido, desde el respeto máximo de las garantías y de la seguridad jurídica, y tomando especial cuidado en la ordenación adecuada de sus actos e instituciones».

que profesional del Derecho, que de modo idóneo puede dar legitimación a la actuación de los cónyuges en su afán de poner fin al matrimonio, tras un control de legalidad del cumplimiento de los requisitos que la ley exige para la disolución del vínculo matrimonial, los supuestos en los que procede acudir a la vía notarial, e incluso en un control de equidad de los acuerdos de la pareja, que en España opera a través del convenio regulador. De ahí las razones que se esgriman en el Preámbulo de la mencionada Ley española, en el sentido de que *«El prestigio adquirido a lo largo de los años por estos Cuerpos de funcionarios¹⁵ entre los ciudadanos es un elemento que ayuda a despejar cualquier incógnita sobre su aptitud para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados, como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica, sin olvidar el hecho de que muchos de los actos de jurisdicción voluntaria tienen por objeto obtener la certeza sobre el estado o modo de ser de determinados negocios, situaciones o relaciones jurídicas que dichos profesionales están en inmejorable condición para apreciarlos adecuadamente»*.

IV. ¿NOTARIALIZAR EL DIVORCIO = PRIVATIZAR?

Notarializar el divorcio por mutuo acuerdo no puede, ni tiene por qué ser expresión de una privatización. Es errada la concepción doctrinaria que pretende crear una simple ecuación jurídica, según la cual, actuación notarial en ámbitos que tradicionalmente han estado enfilados en el Derecho público, o en todo caso, informados por intereses de contenido social, es símbolo palpable de la privatización del Derecho¹⁶.

Mucho ha debatido la doctrina científica sobre la naturaleza pública de la función notarial. Hoy sobre este tema, en el cual si bien no es ajena aún, alguna que otra polémica, no parece dubitarse. En la doctrina española, la primera autoridad académica en Derecho notarial, Antonio RODRÍGUEZ ADRADOS, ha dejado bien clara la inescindi-

¹⁵ A los fines de evitar una cita fuera de contexto, se refiere el legislador no solo al cuerpo de notarios, sino también al de los registradores de la propiedad y secretarios judiciales, a quienes les fueron transferidas distintas materias incluidas entre las de jurisdicción voluntaria.

¹⁶ Para CARRIÓN VIDAL, Almudena, «Divorcio y separación en el Código Civil tras la reforma por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria», en *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, No. 3, agosto 2015, p. 399, se trata de «Un paso más en ese progresivo ‘deslizamiento’ de la figura hacia una digamos cada vez mayor ‘privatización’».

bilidad del desempeño privado de una función que por esencia es de carácter público, lo cual refuerza hoy la reformulación del artículo 1 del Reglamento Notarial, dado por las modificaciones operadas por el Real Decreto No. 45/2007, de 19 de enero, al anterior reglamento de 1944¹⁷.

Expresa RODRÍGUEZ ADRADOS que «La función pública es, pues, constitutiva del notariado»¹⁸. Ello incluso está en los orígenes de la propia institución notarial. La autenticidad y la fe pública designan y marcan el carácter de esta función. Si bien hay una inescindibilidad de los componentes público y privado de la función notarial, ello opera «bajo la primacía conceptual de los elementos públicos, pues sin ellos la función notarial desaparecería o se convertiría en mera especialidad de la profesión de abogado»¹⁹.

La función pública atribuida al notario es exclusiva de él, ningún otro profesional o funcionario la ostenta. A mi modo de pensar, el que el notario sea definido como funcionario público en una norma legal (*v.gr.*, el artículo 1 de Ley notarial cubana) ni le demerita, ni aminora la honrosa misión social que le viene atribuida, no solo por ley, sino por encomienda de la sociedad. Coincido plenamente con RODRÍGUEZ ADRADOS cuando realza la primacía conceptual del elemento público en la función notarial, sin ello no sería posible la autoridad de la que están dotados los documentos de autoría notarial. Por esa razón el notario puede imprimirle autenticidad y legalidad a los actos y a los hechos en los cuales interviene y le viene impuesto incluso el deber de custodia y conservación de los documentos públicos notariales que autoriza.

Como dijo la Sentencia del Tribunal Constitucional español 87/1989, de 1 de mayo, el notariado es «una profesión de naturaleza funcional». El carácter público de su función proclama su autonomía e independencia. Como expresa RODRÍGUEZ ADRADOS «La función pública del notario no exigiría necesariamente que se le atribuyese la condición de funcionario público, pues cabe perfectamente que un particular, y en concreto un profesional del Derecho, ejerza funciones públicas por delegación o

¹⁷ Según el dictado del artículo 1 del Reglamento notarial español: «Los notarios son a la vez funcionarios públicos y profesionales del Derecho, correspondiendo a este doble carácter la organización del Notariado (...)».

¹⁸ RODRÍGUEZ ADRADOS, Antonio, «Los componentes públicos de la función notarial», en *Revista Jurídica del Notariado*, n° 25, enero-marzo, 1998, p. 59.

¹⁹ *Vid.* RODRÍGUEZ ADRADOS, A., «Comentarios al artículo 1 de la Ley del Notariado», en *Nueva Legislación Notarial comentada*, tomo I – *Legislación Notarial*, Colegio Notarial de Madrid, Madrid, 2007, p. 42.

ÍNDICE

ÍNDICE DE ABREVIATURAS.....	7
PRÓLOGO.....	9
NOTA DEL DIRECTOR-COORDINADOR.....	15
INTRODUCCIÓN. SEPARACIÓN Y DIVORCIO NOTARIAL A LA ESPAÑOLA: UNA VISIÓN DESDE EL DERECHO COMPA- RADO	19
I. El «fantasma» llega a España	19
II. ¿Qué supone la desjudicialización del divorcio, acaso optimización de la Justicia?.....	23
III. El notario, ¿neumólogo de los jueces?	27
IV. ¿Notarializar el divorcio = privatizar?.....	30
V. ¿Deberían o, en todo caso, podrían los cónyuges estar asistidos en el otorgamiento de la escritura pública de separación o de divorcio por Letrado en ejercicio?.....	34
VI. Menores, personas con capacidad judicialmente modificada, minis- terio fiscal y notariado ¿Incompatibles?	42
VII. <i>Post scriptum</i>	45
CAPÍTULO 1º. SEPARACIONES Y DIVORCIOS POR MUTUO ACUERDO ANTE NOTARIO, EN ESPAÑA: ENTRE SU OPOR- TUNISMO POLÍTICO Y SU EXIGENCIA CONSTITUCIONAL....	47
I. Separaciones y divorcios ante notario en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.	47
II. Justificación constitucional de las separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario.	52
1. La exigencia de libertad (<i>ex art. 1.1 CE</i>)	52

2. Las exigencias de agilidad, celeridad —¿y abaratamiento?— en el divorcio amistoso, y la conveniente descongestión, en general, en la función judicial (<i>ex arts. 9.2 y 24.2 CE</i>)	55
3. La conformidad del divorcio notarial con la exigencia de un control heterocompositivo y público de legalidad y justicia, y su conformidad con la seguridad jurídica (<i>ex arts. 9.3 y 10.1 CE</i>)	58
4. La homologación en el divorcio convencional es un acto de jurisdicción voluntaria, no estrictamente jurisdiccional de « <i>juzgar y hacer cumplir lo juzgado</i> » (<i>ex arts. 24 y 117.3 y 4 CE</i>).....	62
4.1. La acertada previsión del divorcio por mutuo acuerdo como un acto de jurisdicción voluntaria, cuya atribución competencial al notario es pura cuestión de política legislativa: la acertada combinación del notario como control público y como asesor neutral	62
4.2. El alcance conferido en la LJV al poder de control del notario: legalidad y justicia.....	69
4.3. Entre el desacierto técnico-jurídico —y económico— y la prudencia política de la LJV en la obligatoria intervención de abogado	73
5. La necesaria protección de los hijos (<i>ex art. 39 CE</i>), y el posible exceso de celo contenido en la LJV	75
CAPÍTULO 2º. CRISIS MATRIMONIALES ANTE NOTARIO: NORMATIVA APLICABLE Y ÁMBITO DE APLICACIÓN	83
I. Régimen jurídico aplicable a las separaciones y divorcios notariales.	83
1. Un apunte terminológico	83
2. Régimen normativo	85
II. Ámbito de aplicación.....	86
1. Presupuestos subjetivos	87
1.1. Ausencia de filiación.....	87
1.2. Existencia de hijos menores emancipados	87
1.3. Existencia de hijos mayores de edad incapacitados	87
1.4. Existencia de hijos extramatrimoniales.....	89
1.4.1. Hijos no comunes menores o mayores incapacitados.....	90
1.4.2. Hijos no comunes mayores sin capacidad modificada...	90
1.5. Esposa embarazada al tiempo de otorgar la escritura	91
1.6. Existencia de hijos comunes mayores dependientes económicamente	92
1.7. Intervención obligada de abogado en ejercicio	93
1.8. Comparecencia personal de los cónyuges.....	96
2. Presupuesto temporal.....	98
2.1. Entrada en vigor	98

2.2. Aplicación retroactiva en grado sumo	98
2.3. El requisito temporal previo.....	100
2.3.1. Tres meses tras la celebración del matrimonio	100
2.3.2. Crítica de la <i>vacatio</i> trimestral.....	101
3. Presupuesto territorial: aplicable en toda España.....	102
CAPÍTULO 3º. TRAMITACIÓN DE LAS SEPARACIONES Y DIVORCIOS ANTE NOTARIO, Y SUS POSIBLES CONSECUENCIAS PROCESALES	105
I. Sustanciación de la separación/divorcio ante notario, como vía alternativa a la judicial	105
1. La competencia atribuida al estricto notario	105
2. El inexistente control para evitar la duplicidad, simultánea o sucesiva, procedimental (notarial o judicial).....	106
3. La innecesaria aplicación analógica del art. 777 LEC, y el principio notarial de unidad de acto.....	107
4. « <i>Solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública</i> » de separación/divorcio ante notario, hasta su inscripción registral	108
II. Atribución de competencia (territorial) al notario.....	110
III. Comparecencia —y prestación de consentimiento— de los cónyuges, de los hijos en su caso, y de abogado	114
1. Comparecencia, y consentimiento, de los cónyuges	115
2. La comparecencia, y asistencia, de un único abogado en ejercicio ...	117
3. La comparecencia, y el consentimiento, de los hijos intervinientes..	119
4. ¿Es posible la intervención de mediador?.....	122
IV. Formalización del documento notarial de separación o de divorcio, o de su denegación: ¿escritura o acta?; y opciones posibles ante la denegación del notario	123
V. Posible modificación (notarial o judicial) del contenido del documento notarial de separación/divorcio	128
VI. Repercusión económica de la separación/divorcio ante notario	129
1. Las tasas fiscales.....	129
2. Los aranceles.....	132
VII. Posibles consecuencias procesales de la tramitación de las crisis matrimoniales ante notario	133
1. Planteamiento de la cuestión.....	133
2. Las consecuencias procesales de la no aprobación del convenio regulador o la negativa al otorgamiento de la escritura pública	136
3. La aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública: consecuencias procesales del incumplimiento por parte de los cónyuges de los acuerdos adoptados	144

CAPÍTULO 4º. CONTENIDO Y LÍMITES DE LA ESCRITURA NOTARIAL DE SEPARACIÓN/DIVORCIO	149
I. Atribución de competencia (funcional) del notario, y su función de control, en la calificación del acuerdo de separación/divorcio: su estricta función homologadora como acto de jurisdicción voluntaria.	149
II. El convenio regulador en la separación y divorcio notariales: contenido posible, y límites.....	159
1. Convenio regulador y escritura pública: el art. 90 CC, la autonomía de la voluntad de los cónyuges y su control notarial	159
2. Examen del contenido mínimo del convenio regulador.....	165
2.1. La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar	165
2.1.1. El concepto de vivienda y ajuar familiares.....	165
2.1.2. Naturaleza del derecho de uso atribuido sobre la vivienda familiar.....	166
2.1.3. El derecho de uso sobre la vivienda familiar: ¿es disponible y eficaz erga omnes?.....	170
2.1.4. Pactos posibles en la atribución del uso de la vivienda familiar.....	172
2.1.5. Modalidades alternativas del derecho de uso.....	174
2.1.6. La configuración del derecho de uso de la vivienda en la escritura pública de separación y divorcio. Límites a la autonomía de la voluntad	175
2.2. La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso	180
2.2.1. Concepto de cargas del matrimonio: en especial, la exclusión de los alimentos.	180
2.2.2. En particular, el problema de la vivienda familiar hipotecada, y el de la vivienda familiar arrendada, y su exclusión de las cargas familiares.....	182
2.2.3. Posible inclusión de la indemnización del art. 1348 CC	184
2.2.4. La posible inclusión del pacto sobre alimentos, y el alcance del consentimiento de los hijos emancipados dependientes al respecto.....	186
2.3. La pensión compensatoria del art. 97 CC.....	188
2.4. La liquidación del régimen económico matrimonial, cuando proceda.....	194
2.5. Otros pactos atípicos.....	198

CAPÍTULO 5º. EFICACIA DE LA ESCRITURA NOTARIAL DE SEPARACIÓN/DIVORCIO	201
I. Eficacia temporal de la escritura pública de separación/divorcio: determinación del <i>dies a quo</i>	201
II. Eficacia territorial: algunas cuestiones de derecho internacional privado	208
1. Competencia internacional del Notario.....	208
2. Derecho aplicable	212
3. Reconocimiento del divorcio y separación notarial «españoles» en el extranjero. Reconocimiento en España del divorcio y la separación notariales «extranjeros»	221
3.1. El reconocimiento en el extranjero de las escrituras de separación y divorcio autorizadas por Notario español	221
3.2. El reconocimiento en España de escrituras de separación o divorcio autorizadas por Notarios extranjeros	222
III. Formulación y eficacia material de la escritura pública de separación/divorcio entre los cónyuges, y posible oponibilidad frente a terceros: la publicidad registral de la escritura pública de separación/divorcio.....	225
1. El convenio regulador de la separación o el divorcio en escritura pública notarial.....	225
2. La escritura como forma constitutiva ¿de todo el contenido del convenio regulador? La analogía con las capitulaciones matrimoniales. Y los llamados pactos <i>de derribo</i> : su validez ulterior como convenio regulador y la exigibilidad de su cumplimiento a petición de uno solo de los cónyuges.....	229
3. El convenio regulador en escritura pública como <i>documento primordial</i> y como <i>contraescritura</i> : quiénes son parte y terceros. La cuestión de la <i>oponibilidad</i> y de la <i>utilizabilidad</i> de la escritura de convenio regulador y de las alteradas por el convenio: lo documental y lo contradocumental.....	236
4. La publicidad registral de la escritura.....	241
BIBLIOGRAFÍA	249
FORMULARIOS	255
Formulario 1º	255
Formulario 2º	259
Formulario 3º	262

