

XVI JORNADA NOTARIAL IBEROAMERICANA¹

Tema III. Matrimonio y divorcio ante Notario.

MATRIMONIO Y DIVORCIO ANTE NOTARIO

SUMARIO

RESUMEN EJECUTIVO.

PRIMERA PARTE

PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA.

I Introducción.

II Matrimonio y familia

- 1 Evolución del matrimonio y la familia: su progresiva juridificación
 - 1.1 Inescindibilidad entre matrimonio y la familia
 - 1.2 Derecho Canónico marco normativo común de Occidente
 - 1.3 Diversidad normativa: secularización y monopolio del Estado.
 - 1.3.1 Secularización y legislaciones nacionales
 - 1.3.2 El monopolio del Estado
- 2 Derecho común en el S. XX.
- 3 Situación actual tras la Ley de 2005

III Desjudicialización y Jurisdicción voluntaria.

- 1 Algunas consideraciones generales sobre la J.V y la función notarial.
- 2 El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (PLJV).

SEGUNDA PARTE.

MATRIMONIO EN ESPAÑA: DERECHO VIGENTE Y PLJV.

I Introducción.

II El marco jurídico constitucional.

III Derecho vigente.

IV El Expediente matrimonial en el PLJV

1. Regulación
2. Concepto y caracteres del expediente matrimonial.
3. Sobre la obligatoriedad del expediente previo.
 - 3.1 Regla general.
 - 3.2 Reglas particulares
 - 3.3. Instructor del expediente.
 - 3.4 Fases del expediente.
 - 3.4.1 Inicio del expediente
 - 3.4.2 Ratificación y posible subsanación de defectos.
 - 3.4.3 Publicidad del expediente

¹ Cuba 22-25 de noviembre de 2014

- 3.4.4 Trámite de audiencia de los contrayentes.
 - 3.4.5 Otras pruebas
 - 3.4.6 Conclusión del expediente..
 - 3.4.7 Vigencia.
 - 3.4.8 Recursos
 - 3.5 El Acta Notarial.
- V El Matrimonio en el PLJV**
- 1 Introducción.
 - 2 Matrimonio civil en forma ordinaria.
 - 2.1 Contrayentes.
 - 2.2 Consentimiento matrimonial
 - 2.3 Impedimentos matrimoniales.
 - 2.4 Dispensa de los impedimentos matrimoniales.
 - 2.5 Lugar y forma del matrimonio.
 - 2.5.1 Matrimonios de españoles (o entre español y extranjero)
 - A. En España y conforme a la ley española.
 - B. En el extranjero y conforme a la ley española.
 - C. En el extranjero y conforme a la Lex Loci.
 - 2.5.2 Matrimonios de extranjeros.
 - A. En España
 - B. En el extranjero.
 - 2.6 Oficiante del matrimonio.
 - 2.7 Contenido y forma.
 - 2.8 Requisitos posteriores a la celebración.
 - 3 Matrimonio en forma religiosa.
 - 3.1 Situación normativa actual
 - 3.2 El matrimonio en forma religiosa según el PLJV
 - 3.2.1 Matrimonios en forma religiosa no canónica.
 - A. Expediente matrimonial.
 - B. Consentimiento matrimonial
 - C. Requisitos posteriores a la celebración
 - 3.2.2 Matrimonio celebrado conforme al Derecho Canónico.
 - 3.2.3 Efectos de los matrimonios en forma religiosa.
 4. Formas extraordinarias de celebración.
 - 4.1 Matrimonio celebrado en peligro de muerte.
 - 4.2 Matrimonio por poder
 - 4.3 Matrimonio secreto
 5. Inscripción del matrimonio.
 - 5.1 Inscripción obligatoria, no constitutiva.
 - 5.2 Refuerzo del carácter obligatorio de la inscripción
 - 5.3 Lugar de la inscripción.
 - 5.4 Título inscribible.
 - 5.5 Calificación registral.
 6. Inscripción del régimen económico matrimonial.

TERCERA PARTE.

SEPARACION Y DIVORCIO NOTARIAL.

- I Introducción.**
- II Derecho español actual**
- III Referencia a las normas de Derecho Internacional Privado**
 - 1 Art. 107 CC
 - 2 Reglamento de la Unión Europea 1259/2010 (Roma III)
 - 2.1 Determinación de la ley aplicable
 - 2.2 Ámbito de aplicación
 - 2.3 Forma del acuerdo
 - 2.4 Carácter universal del Reglamento
- IV Referencia al Derecho comparado**
 - 1 Diversidad de sistemas
 - 2 Separación y divorcio extrajudicial en Iberoamérica.
 - 2.1 Cuba
 - 2.2 Perú
 - 2.3 Colombia
 - 2.4 Ecuador
 - 3 Referencia al divorcio en Europa
- V Separación y divorcio notarial en el PLJV**
 - 1 Modificaciones en el articulado
 - 2 Regulación
 - 3 Presupuestos de la separación y el divorcio notarial
 - 3.1 Separación o divorcio de mutuo acuerdo
 - 3.2 Elemento temporal
 - 3.3 Escritura pública
 - 3.4 Constancia de la voluntad inequívoca de separarse o divorciarse
 - 3.5 Intervención personal de los cónyuges
 - 3.6 Asistencia letrada
 - 3.7 Sin hijos que dependan de sus progenitores. Supuestos
 - 4 Competencia notarial
 - 5 Intervención de los hijos en la escritura: supuestos
 - 6 El convenio regulador.
 - 6.1 Concepto y naturaleza.
 - 6.2 Contenido mínimo obligatorio
 - 6.3 La atribución del uso de la vivienda familiar
 - 6.4 Liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio
 - 6.5 Pensión compensatoria: artículo 97 CC.
 - 6.5.1 Ámbito de la pensión.
 - 6.5.2 Notas delimitadoras
 - 6.5.3 El convenio regulador notarial.
 - 6.5.4 Modificación de la pensión
 - 7 Modificación del convenio regulador
- VI La reconciliación**
- VII Inscripción de la separación y el divorcio**

MATRIMONIO Y DIVORCIO ANTE NOTARIO

Advertencia previa: La base de este trabajo es el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (PLJV) que actualmente se tramita en las Cortes españolas. Por tratarse de un proyecto, es inevitable la cita de textos legales vigentes junto con referencias continuas a los artículos proyectados, lo que puede dificultar la lectura del texto. Tratando de solucionar ese inconveniente, he añadido a las citas de los artículos del Proyecto el indicador "P", mientras que la cita de los textos vigentes se hace sin ningún añadido.

RESUMEN EJECUTIVO.

La oportunidad del tema III de la XVI Jornada Notarial Iberoamericana es incuestionable para el Derecho español, pues actualmente se está tramitando en las Cortes el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, que regula el matrimonio, la separación y el divorcio en sede notarial.

La desjudicialización del Derecho de Familia es una realidad asumida progresivamente por los ordenamientos jurídicos occidentales, que tratan de dar una respuesta a los cambios que vienen experimentando nuestras sociedades en los últimos años.

Sería un error que abordáramos aisladamente el estudio de los efectos de todo ello en la institución familiar, es decir, sin tener en cuenta que la sociedad occidental se encuentra en un proceso general de cambio y que muchas de sus instituciones, de sus valores y de sus creencias se ven sometidos a revisión.

Los avances tecnológicos y científicos, la globalización económica, de las ideas y de las costumbres hacen que la familia, como institución natural que es, sea un termómetro de todo ello y reciba en primera línea las consecuencias de este mundo cambiante.

El futuro se debe abordar desde la realidad presente, es decir, desde lo que tenemos y con lo que contamos. Para ello es preciso conocer cómo hemos llegado hasta el día de hoy, y por eso la primera parte de esta ponencia se refiere, aunque sea brevemente, al recorrido histórico uniforme que la sociedad occidental ha cumplido sobre la base de su raíz cristiana.

Hasta bien entrado el S. XX, matrimonio y familia han conocido una identidad sustancial en nuestras sociedades, que históricamente se han nutrido de la misma fuente, el Derecho canónico. Incluso tras la Reforma religiosa, primero, y la Revolución francesa, después, que trajeron consigo una diversidad de sistemas matrimoniales y una

progresiva laicización de estas instituciones, los datos identitarios de matrimonio y familia han llegado hasta nuestros días y cristalizado en un derecho común internacional.

Ahora nos corresponde proyectar el futuro sobre la base de lo que tenemos, y nuevamente corroboramos que la identidad sustancial de nuestras sociedades se manifiesta en las nuevas tendencias.

En la segunda y tercera parte de esta ponencia se exponen los cambios que en torno al matrimonio, la separación y el divorcio se proponen en el Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria española, y de nuevo podemos constatar cómo esa unidad sustancial sigue estando presente en nuestros Derechos.

PRIMERA PARTE

PERSPECTIVA HISTÓRICA DEL MATRIMONIO Y LA FAMILIA.

I Introducción.

Con ocasión de la conmemoración del 150 aniversario de la Ley del Notariado español (1862), el Consejo General del Notariado organizó el 11 Congreso Notarial que acometió una obra doctrinal colectiva que lleva por título general “La Autonomía de la Voluntad en el Derecho Privado”. Concretamente el Tomo I se dedica al Derecho de la persona, familia y sucesiones².

Traigo a esta introducción la referida obra, tanto por su importancia como cauce de reflexión y debate sobre el futuro del Derecho privado en las próximas décadas, como por ser exponente de la relevancia -cada vez mayor- que el Derecho atribuye a la libertad individual, consecuencia necesaria del reconocimiento de la dignidad de la persona.

La posibilidad de que los Notarios autoricen matrimonios, separaciones y divorcios puede parecer un tema menor reducido a mera cuestión competencial entre unos u otros funcionarios. Se trataría de un simple cambio de escenario formal, donde la intervención judicial en materia matrimonial resultaría parcialmente sustituida por la intervención de otras autoridades y funcionarios.

Sin embargo, el cambio trasciende de las meras cuestiones competenciales cuando se conecta con la relevancia -cada vez mayor- que se atribuye a la libertad individual a la hora de regular las situaciones personales y familiares. Planteada la cuestión en estos términos, la intervención del Notario en los matrimonios, las separaciones y los divorcios adquiere un sentido sustantivo más acorde con la naturaleza de la función notarial, que es el cauce -dispuesto por el Estado- para que la voluntad de los ciudadanos salga de la esfera meramente privada y adquiera reconocimiento oficial a través de la autorización del instrumento público, que garantiza la legalidad de lo actuado y que la voluntad ha sido debidamente informada mediante el asesoramiento notarial.

Descendiendo al terreno de los hechos, hay que resaltar la proyección mediática que tuvo en su día la noticia de que los notarios españoles autorizaríamos matrimonios y

² Autonomía de la voluntad en Derecho Privado. Coord. Gral. Lorenzo Prtas Albentosa. Ed. Wolters Kluber España S.A y Consejo General del Notariado. 2012.

divorcio, dada por el entonces Ministro de Justicia don Alberto Ruiz Gallardón³, a lo que ha de añadirse la experiencia cotidiana vivida en las notarías españolas desde aquel momento. La cercanía de la función notarial al ciudadano y su eficiencia contrastada son un aval para que esta iniciativa, compartida con Jueces, Secretarios de Ayuntamientos y Encargados del Registro Civil tenga éxito. La experiencia de los Ordenamientos jurídicos que nos han precedido (especialmente en los países iberoamericanos) también constituye una garantía.

Al tiempo de concluir esta introducción aun sigue la tramitación de la Ley en las Cortes españolas. A nosotros nos corresponde estudiar el Proyecto y esperar que se convierta en texto legal.

II Matrimonio y familia

1 Evolución del matrimonio y la familia: su progresiva juridificación

1.1 Inescindibilidad entre matrimonio y la familia

Históricamente, matrimonio y familia han sido instituciones en íntima conexión, siendo considerado aquél como el vínculo jurídico estable dirigido a la constitución de una familia. Precisamente por constituir el punto de arranque de la familia y estar dirigida ésta, como institución natural que es, a la procreación, el matrimonio es configurado necesariamente como un vínculo entre dos personas de distinto sexo y encaminado a la procreación. Ambas notas constituyen el denominador común a los diversos tipos de matrimonio en las diferentes culturas y religiones a lo largo del tiempo, como norma general.

También es de observar como nota común a matrimonio y familia la conexión general que se ha dado en los diversos pueblos y culturas entre matrimonio y religión, lo que resulta explicable si tenemos en cuenta el contenido de valores y creencias que a través de la familia, como unidad social básica que es, se transmiten de unas generaciones a otras. No es de extra por ello que las más variadas religiones se hayan ocupado del matrimonio como cauce creador de la familia, que es depositaria de un conjunto de principios que determinan el comportamiento ético y moral de las personas en una sociedad y cultura determinadas.

1.2 Derecho Canónico marco normativo común de Occidente

La primera manifestación en Occidente del matrimonio como vínculo jurídico regulado por el Derecho la constituye el Derecho Canónico, que desde la caída del Imperio Romano, y durante varios siglos (hasta bien entrado el S. XI), es el único derecho aplicable que llena el vacío legislativo que se produjo tras la caída del Imperio⁴.

³ En la web notariosyregistradores.com se recogen las noticias de prensa dadas, entre otros, en los siguientes medios de comunicación: ABC, El País, El Mundo, El Economista, Europa Press, La Nueva España, La Información, Hoy.es, RTVE, La Gaceta Argentina, Cinco Días, El Confidencial, etc.

⁴ En un primer momento la Iglesia asumió el matrimonio meramente consensual, o matrimonio como acto, propio del Derecho romano, Es apartir del S IV cuando comienza a elaborar una liturgia matrimonial propia, si bien no existía norma que impusiera ninguna forma especial ni requiriese la presencia de sacerdote. Señala ZEJALBO MARTÍN que los primeros textos que mencionan una ceremonia litúrgica específicamente cristiana datan de S. IV. El Concilio de Trento, sigue diciendo este autor, “supone un giro copernicano en la historia del matrimonio, aunque su precedente estaba en la

Hay que tener en cuenta que en Roma el matrimonio no era propiamente un vínculo jurídico sino una situación de hecho basada en la voluntad común de convivir o *affectio maritalis*. Desaparecida la voluntad de convivir concluía el matrimonio, bien de mutuo acuerdo, bien por el *repudium* unilateral. No es que el Derecho romano no se ocupara de regular los efectos que del matrimonio se derivaban, según el matrimonio fuera considerado válido o inválido, pero, propiamente, no regulaba el matrimonio como institución jurídica sino sólo algunos efectos colaterales. De ahí que se haya dicho que es el Derecho canónico la primera manifestación normativa del matrimonio.

Como notas características de esta primera etapa presidida por el Derecho canónico cabe señalar las siguientes:

- Juridificación del matrimonio: El matrimonio deja de ser una situación de hecho fundada en una convivencia socialmente reconocida y se transforma en una relación de Derecho.

- Competencia de la Iglesia Católica: Esta relación es regulada por el Derecho Canónico y la jurisdicción competente para decidir sobre las cuestiones matrimoniales es la eclesiástica.

- Esta visión general debe matizarse diciendo que, si bien se reconoce la competencia a la Iglesia en la materia matrimonial con carácter general, sin embargo, desde el inicio, el poder civil tienden a regular los efectos derivados del matrimonio en el orden civil, por ejemplo, en materia sucesoria, filiación, cuestiones patrimoniales en general, etc. Así ocurrió por ejemplo en el Derecho histórico español en Las Partidas y en el Fuero Real, por citar algunos textos representativos.

- Nota común y diferenciadora del matrimonio canónico es que se configura con carácter indisoluble y tiene como base inexcusable un consentimiento libremente prestado por los contrayentes, quienes deben tener la capacidad legalmente exigida para ello. No se admite el matrimonio concertado por terceras personas o el matrimonio de menores, etc. Posibilidades que, aun en la actualidad, resultan extrañas al acervo de valores de nuestra cultura occidental.

1.3 La diversidad normativa posterior: secularización y monopolio del Estado.

1.3.1 Secularización y legislaciones nacionales

Por secularización del matrimonio hay que entender el proceso histórico que desemboca en la asunción por el poder político de las competencias regulatorias y jurisdiccionales sobre el matrimonio. Se trata de un proceso paulatino que tiene como primera manifestación en el Derecho histórico la incidencia del poder civil en la

evolución hacia el formalismo en la expresión del consentimiento que se aventura desde el Concilio de Letran, 1215". Ver ZEJALBO MARTÍN, Joaquín. *El matrimonio ante Notario: antecedentes históricos de una realidad actual*. Se puede consultar este documentado estudio en la página web notariosyregistradores.com, sección Doctrina.

regulación de cuestiones patrimoniales, sucesorias y de filiación, como antes se ha dicho.⁵

Esta secularización trajo una fragmentación normativa consecuencia de la cada vez mas acusada intervención de los diferentes Estados en la regulación de la institución, lo que puso fin al monopolio del Derecho canónico como derecho común matrimonial en occidente, circunstancia esta que fue propiciada de manera trascendente por la Reforma protestante a partir del S.XVI.

La Reforma niega la autoridad universal de la Iglesia de Roma y provoca la creación de iglesias nacionales independientes y contrarias al poder del papado. Si tenemos en cuenta que el poder de la Iglesia transcendía de los límites religiosos y entraba en conflicto frecuentemente con el poder civil, no es de extrañar que el nacimiento de las iglesias nacionales fuera apoyado, cuando no fomentado, por la realeza, que de este modo se liberaba de un poder centralizador con el que mantenía una histórica pugna, permitiendo la creación de iglesias en las que a su cabeza estaba el mismo Rey, como ocurrió en Inglaterra, por ejemplo.

El nacimiento de estas iglesias nacionales y su íntima conexión con el poder político trajo seguidamente la fragmentación del matrimonio canónico y el consecuente nacimiento de sistemas matrimoniales nacionales y propios de cada Iglesia.

En un primer momento se trata de matrimonios confesionales, es decir, celebrados conforme a la confesión religiosa nacional, que era quien regulaba la forma y requisitos del matrimonio como antaño hiciera el Derecho canónico. El poder político se limitaba a reconocer efectos civiles a los matrimonios celebrados con las formas y requisitos exigidos por la confesión respectiva, y, como mucho, a incorporar a su derecho las normas de la respectiva confesión religiosa. Es el caso de Inglaterra, Países nórdicos, etc. A este fenómeno no se mantuvo ajena la Iglesia católica a partir del Concilio de Trento.

Estas formas matrimoniales propias favorecen una mayor injerencia del poder político en el ámbito matrimonial, lo que se manifiesta, entre otros, en los siguientes aspectos:

- La exclusividad de la jurisdicción eclesiástica en sede matrimonial se va suavizando, deja de ser de ser única y pasa a ser compartida con el poder político en este momento inicial que desembocará en la laicización definitiva.

- Junto al matrimonio confesional surge un matrimonio exclusivamente civil, lo que tiene lugar por primera vez en el año 1580, en Holanda. Junto al matrimonio religioso se va generalizando el matrimonio civil hasta desembocar en el monopolio del Estado en materia matrimonial.

1.3.2 El monopolio del Estado

La comentada secularización del matrimonio y su fragmentación a raíz de la Reforma protestante recibe un impulso importante con las ideas ilustradas y la doctrina

⁵ Buena prueba de la preocupación por los efectos que se derivaban de la convivencia lo constituye, por ejemplo, la regulación detallada que Las Partidas hacían de los efectos que se derivaban de la barraganía.

del regalismo, que constituyen el sustrato ideológico que culminará posteriormente con la Revolución Francesa y la positivización civil del matrimonio en el Código de Napoleón.

En España, el proceso de secularización fue más lento y estuvo limitado hasta el S. XIX a lo que podemos denominar secularización confesional, es decir, la norma civil acogía la norma canónica reguladora del matrimonio y la asumía como derecho del Estado. Buena prueba de ello fue la Real Cédula dictada por Felipe II el 12 de julio de 1564, cuya vigencia aún fue reconocida e incorporada a la Novísima Recopilación de 1806, reinando Carlos IV.

Sin embargo, la secularización se va fraguando a lo largo del S. XIX aunque con los altibajos propios de las turbulencias políticas vividas en aquella centuria a partir de la Constitución de Cádiz de 1812. Como hitos legislativos que nos llevan hasta el S. XX para después desembocar en el sistema matrimonial actual, cabe señalar: a) Proyectos de Código Civil de 1821 y 1836. b) Proyecto de Código Civil de 1851. c) Ley provisional de 18 de junio de 1870, sobre matrimonio civil. d) Código Civil, 1889, que establece el matrimonio civil subsidiario.

2 Derecho común en el S. XX.

Esa identidad sustancial puesta de manifiesto a lo largo de los siglos en las sociedades occidentales de raíz cristiana, debe llevarnos a cuestionar si en la actualidad sigue existiendo una identidad sustancial que haga reconocibles el matrimonio y la familia en nuestras sociedades.

En el S. XX la respuesta afirmativa no plantea dudas porque se encuentra positivizada en los textos internacionales en vigor. Por tanto, y sin perjuicio de la variedad de sistemas matrimoniales existentes, cabe decir que en los derechos occidentales del S. XX el matrimonio y la familia se configuran con unos presupuestos básicos que los identifican y los hacen reconocibles.

Estos textos internacionales a los que nos referimos son los siguientes:

- Declaración universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948 (art. 16).
- Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado por la Asamblea General de la ONU el 16 de diciembre de 1966.
- Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, la edad mínima para contraerlo y el registro de matrimonios, de la Asamblea General de la ONU de 1962
- Convenio europeo para la protección de los derechos humanos y libertades fundamentales, firmado en Roma en 1950 (art. 12).
- Carta de Derechos fundamentales de la Unión Europea de 7 de diciembre de 2000 (art. 9).

Las notas fundamentales identificadoras de la institución matrimonial que resulta de esos textos son, a grandes rasgos, son los siguientes:

- Sólo cabe el matrimonio cuando nace de un consentimiento libre y pleno de los contrayentes, pues sólo a ellos corresponde la decisión de casarse y nadie puede suplir su voluntad. Dicho consentimiento, que es `piedra angular del matrimonio, comporta la exigencia de una edad mínima para casarse.

- Se reconoce que el matrimonio es un derecho (*ius connubii*) de todo hombre y mujer frente al que no caben discriminaciones por razón de edad, raza, sexo o religión. Por tanto, se reconoce a nivel legal internacional el derecho de toda persona a casarse y fundar una familia.

- Esta vida en familia debe de estar presidida inexcusablemente por la absoluta igualdad de derechos, obligaciones y responsabilidades entre los esposos.

- El matrimonio es un acto de naturaleza civil cuya regulación corresponde a cada Estado, de modo que no se podrá contraer matrimonio válidamente si no se celebra previo el cumplimiento de los trámites previstos y con la forma y ante la autoridad competente según las leyes de cada Estado. El matrimonio debe ser inscrito según lo previsto en la legislación respectiva.

Junto a estas notas, generalmente recogidas de modo explícito en los texto legales, hay que destacar como sustrato de las mismas la consideración del matrimonio como unión heterosexual con fines de procreación y formación de una familia, de modo que, tradicionalmente, familia y matrimonio, como se ha dicho anteriormente, fueron conceptos indisolublemente unidos, pues el *status familiae* procedía de la unión matrimonial.

Sin embargo, la situación actual ha cambiado notablemente pues el matrimonio no es el único medio para constituir una familia. Aún más, la unión en matrimonio de dos personas no tiene por qué constituir una familia que vaya mas allá de los dos cónyuges. Por otro lado, la variedad de tipos familiares es un hecho incontestable, pudiendo distinguir en la realidad actual familias matrimoniales, tanto de cónyuges de distinto como del mismo sexo, familias no matrimoniales⁶, familias monoparentales, etc.

Todo ello nos conduce a plantearnos si en la situación actual estas instituciones siguen siendo reconocibles y conservan unos rasgos mínimos identitarios y comunes en las sociedades occidentales. Unas Jornadas notariales como las presentes son, sin ninguna duda, un buen momento para reflexionar sobre todo lo dicho.

3 Situación actual tras la Leyes españolas de 13 y 15/2005 de 1 y 8 de julio

A estas alturas de la exposición hemos constatado que, históricamente, matrimonio y familia tuvieron una sustancial identidad en toda la sociedad occidental, y que tal identidad culminó en los textos internacionales acuñados en el S.XX. Nota común a

⁶ La proliferación de familias no matrimoniales basadas en uniones de hecho, más o menos formalizadas, es un fenómeno de indudable importancia actual. Esta importancia fue puesta de manifiesto en las recomendaciones formuladas por el Parlamento Europeo sobre su regulación: RR 8/2/1994, 13/12/1998 y 29/12/2000.

todos ellos, y también a la Constitución española de 1978, es que no se plantearon la posibilidad de que hubiera un matrimonio que no fuera heterosexual, lo que por otro lado reflejaba un determinado concepto de familia.

Este planteamiento, pacífico durante tanto tiempo, ha tenido un cambio notable que en los últimos años ha llegado a cuestionar los rasgos del matrimonio que tradicionalmente fueron considerados indiscutibles. Así ha sucedido en el Derecho español con la Ley 13/2005, de 1 de julio, cuyo artículo 44 consagra en su párrafo segundo el matrimonio homosexual cuando dice que *el matrimonio tendrá los mismos requisitos y efectos cuando ambos contrayentes sean del mismo o diferente sexo*.

Se plantea a partir de ese momento una polémica sobre si cabe reconocer el matrimonio homosexual sin desvirtuar la institución matrimonial hasta desnaturalizarla, y, por otro lado, también cabe plantear si tales soluciones rompen la unidad sustancial que sobre el matrimonio y la familia ha existido históricamente en el Derecho occidental de raíz cristiana.

Siguiendo la STC de 198/2012, de 6 de noviembre, que conoce de un recurso de inconstitucionalidad planteado contra la Ley 13/2005 de 1 de julio plantea, podemos dar una respuesta a los interrogantes planteados.

3.1 Conclusiones sobre la reconocibilidad del matrimonio.

1º Matrimonio y familia son bienes constitucionales diferentes.

“...Matrimonio y familia son dos bienes constitucionales diferentes, que encuentran cabida en preceptos distintos de la Constitución por voluntad expresa del constituyente, de modo que «el texto constitucional no hace depender exclusivamente el concepto constitucional de familia a la que tiene su origen en el matrimonio ni tampoco la limita a las relaciones con descendencia» (STC 19/2012, de 15 de febrero, FJ 5 y jurisprudencia allí citada). Por tanto, son dignos de protección constitucional los matrimonios sin descendencia, las familias extramatrimoniales o monoparentales (STC 222/1992, de 11 de diciembre) y, sobre todo, los hijos a los que el art. 39 CE, que «refleja una conexión directa con el art. 14 CE» (STC 154/2006, de 22 de mayo, FJ 8), protege «con independencia de que éstos hayan sido concebidos dentro o fuera del matrimonio (art. 39.3 CE), de que se haya producido la nulidad matrimonial, la separación legal o la disolución del matrimonio por divorcio (art. 92 del Código civil)...”.

2º La familia matrimonial no es el paradigma del modelo constitucional de familia.

“...hasta la fecha, la interpretación del art. 39 CE no ha llevado a este Tribunal a definir un concepto constitucional de familia, y no siendo tampoco este el momento para elaborarlo, ello no impide determinar que en el art. 39 CE se incluirían las familias que se originan en el matrimonio, pero también a las que no tienen ese origen (STC 45/1989, de 20 de febrero, FJ 4). Cabe recordar aquí que asimismo el Tribunal Europeo de Derechos Humanos desconecta el derecho a contraer matrimonio y la garantía de protección de la familia, cuando establece que el concepto de vida familiar protegido por el art. 8 CEDH no se reserva únicamente a las familias fundadas en el matrimonio, sino que puede referirse también a otras relaciones *de facto*...”

3º El matrimonio en la Constitución española es una garantía institucional además de un derecho constitucional (el derecho a contraer matrimonio). La categoría de garantía institucional “garantiza la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo”, sin perjuicio de que se reconozca al legislado un amplio margen para definir el contenido de la

institución de que se trate. La modificación operada en el matrimonio tras la Ley 13/2005 no afecta a su reconocibilidad si se interpreta de modo evolutivo la institución matrimonial, pues el matrimonio entre personas del mismo sexo constituye una realidad integrada en nuestra cultura jurídica.

“... La interpretación evolutiva a que nos referimos facilita la respuesta a la cuestión de si el matrimonio, tal y como resulta de la regulación impugnada, sigue siendo reconocible en el contexto sociojurídico actual como tal matrimonio. Tras las reformas introducidas en el Código civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad española actual del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador.

Estando claro, por tanto, que la única diferencia entre la institución matrimonial antes y después de julio de 2005 se refiere al hecho de que los contrayentes puedan pertenecer al mismo sexo de modo que el matrimonio puede ser tanto entre personas de distinto sexo como entre personas del mismo sexo, es preciso determinar si esa circunstancia, es decir, la posibilidad de la existencia de estos últimos, es, hoy por hoy, en nuestra sociedad, un elemento que hace irreconocible el matrimonio o que, por el contrario, se integra en la imagen que permite reconocer la institución matrimonial.

4º Se da un nuevo concepto de matrimonio considerándolo como “sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento”.

3.2 Evolución similar en las sociedades occidentales.

1º La equiparación del matrimonio entre personas del mismo y de distinto sexo se ha venido consolidando durante los últimos años en varios ordenamientos jurídicos integrados en la cultura occidental.

“... Cuando se aprobó en España la Ley 13/2005, aquí cuestionada, sólo los Países Bajos (Ley de 2000), Bélgica (Ley de 2003), y el Estado de Massachusetts en EEUU (Sentencia de la Supreme Judicial Court, *Goodridge v. Department of Public Health*, de 2004) reconocían el matrimonio entre personas del mismo sexo. Desde entonces la institución se ha reconocido también en otros ordenamientos como los de Canadá (*Civil Marriage Act* de 2005), Sudáfrica (Ley núm. 17 de 2006), Ciudad de México (Ley de 2009), Noruega (Ley de 2009), Suecia (Ley de 2009), Portugal (Ley núm. 9/2010), Islandia (Ley de 2010), Argentina (Ley de 2010), Dinamarca (Ley de 2012) y en varios Estados de Estados Unidos de América, en algunos casos a resultas de la interpretación judicial, en otros de la actividad del legislador [Connecticut –2008–, Iowa –2009–, Vermont –2009–, New Hampshire –2010–, Distrito de Columbia (Washington) –2010–, y New York –2011–]. Existen además proyectos legislativos, en distinto estadio de tramitación, en Eslovenia (cuyo Tribunal Constitucional declaró en Sentencia de 2 de julio de 2009 que era inconstitucional que las uniones estables del mismo sexo no gozasen de los mismos derechos que las parejas casadas de sexo distinto) y Finlandia...”.

2º Esta línea evolutiva viene avalada igualmente por numerosos pronunciamientos judiciales, tanto de tribunales nacionales como internacionales, así como por iniciativas parlamentarias igualmente nacionales e internacionales..

“... Comenzando por la evolución de la doctrina de los tribunales, se recuerda que el primer paso en la normalización social de la homosexualidad se produjo cuando algunos tribunales declararon que se trata de una opción protegida por el derecho al libre desarrollo de la personalidad. En el caso del Tribunal Europeo de Derechos Humanos se ha considerado que la incriminación de las relaciones homosexuales voluntarias privadas constituye una vulneración del derecho al respeto de la vida privada (Sentencia Dudgeon c. Reino Unido, de 22 de octubre de 1981), mientras que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha considerado que la libertad ampara a los adultos a la hora de decidir cómo conducir sus vidas privadas en lo que concierne al sexo (Sentencia Lawrence v. Texas). El segundo paso en esta evolución lo constituye la inclusión de la orientación sexual entre las circunstancias de discriminación prohibidas por el art. 14 CEDH (Sentencia Salgueiro da Silva Mouta c. Portugal, de 21 de marzo de 2000). En último término, en algunos supuestos se ha planteado directamente el derecho a contraer matrimonio por parte de parejas homosexuales. Es el caso de la Sentencia del Tribunal Supremo Hawai Baehr v. Lewin, de 1993, donde se declaró que la prohibición de matrimonios entre personas del mismo sexo constituye una discriminación por razón de orientación sexual a menos que se demuestre que obedece a un fin público primordial. También se alude a la Sentencia del Tribunal Supremo de Alaska y a la ya citada del Tribunal Supremo de Massachusetts, de 18 de noviembre de 2003, que ha considerado que la decisión de contraer matrimonio constituye uno de los momentos máximos de autodeterminación de la vida, por lo que la exclusión de las personas del mismo sexo sólo es admisible si cumple un objetivo público imprescindible y constituye un medio razonable para conseguir tal fin. Por último, se recuerda que la Sentencia del Tribunal Supremo de Canadá de 9 de diciembre de 2004 ha declarado la constitucionalidad del matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Por lo que respecta a la Unión Europea, se señala que el Parlamento Europeo ha instado desde su resolución de 8 de febrero de 1994 a que finalice la prohibición de contraer matrimonio a las parejas homosexuales o que se permita su acceso a regímenes jurídicos equivalentes. En su resolución de 15 de enero de 2003 se insta a la Unión Europea a incluir en la agenda política el reconocimiento de los matrimonios homosexuales. Finalmente, se recuerda que en el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa se incluye específicamente la orientación sexual como causa de discriminación expresamente prohibida (arts. II-81 y III-118)...”.

Como conclusión de todo lo expuesto cabe decir que existe un punto común en los Derechos occidentales favorable a reconocer, cada vez en mayor medida, la libertad de los ciudadanos para configurar las relaciones familiares, lo que viene provocando, y así seguirá siendo en el futuro próximo, una revisión de los conceptos tradicionales de matrimonio y familia. Por otro lado, esta tendencia sigue poniendo de manifiesto la sustancial identidad de nuestros sistemas jurídicos, pues las soluciones que se van adoptando van en la misma dirección

III Desjudicialización y jurisdicción voluntaria.

1 Algunas consideraciones generales sobre la J.V y la función notarial.

La Jurisdicción Voluntaria en sentido estricto, dice FERNÁNDEZ BUJÁN⁷, comprende “...aquellos procedimientos en los que un particular solicita la intervención de un juez, o este interviene de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal, sin que exista una contienda relevante con otra persona, o una lesión de derecho subjetivo o interés legítimo”.

⁷ FERNÁNDEZ BUJÁN, Antonio. *Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria*. Revista Jurídica del Notariado, Nº 79, Julio-Septiembre 2011, págs. 177 y ss.

De esta definición descriptiva se pueden destacar tres notas que nos sirvan de guía para abordar el PLJV que constituye la base de este estudio:

- En sentido estricto, lo que se denomina jurisdicción voluntaria, ateniéndonos a la literalidad de la expresión, comprende la actividad llevada a cabo por Jueces y Tribunales.

- Se trata de actuaciones en las que no existe propiamente contienda judicial o, si existe, versa sobre asuntos que no necesitan de un procedimiento contencioso para hacer efectiva la tutela judicial (art. 24 CE) que se deriva de cualquier actuación jurisdiccional cuando dicta Derecho (STS de 22 de mayo de 2000, Sala de lo Contencioso Administrativo).

- Esta actuación jurisdiccional puede tener lugar tanto a instancia de parte como por actuación de oficio del Juez o a instancia del ministerio Fiscal.

Este criterio restrictivo que parece reservar la denominación de actos de jurisdicción voluntaria sólo a las actuaciones en que intervienen jueces y tribunales también ha sido sustentando en el informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial sobre el PLJV, y parece que también inspira en términos generales dicho Proyecto, que incluye en sede de jurisdicción voluntaria la actuación desempeñada por los Secretarios de Justicia.

El texto introducido por el PLJV en la Ley del Notariado (LN) también parece que sigue este criterio cuando se refiere a las actuaciones notariales que, por su naturaleza, están comprendidas en lo que comúnmente se entiende por jurisdicción voluntaria, pues encabeza el nuevo Título VII con la rúbrica “Intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales”, omitiendo toda referencia a la jurisdicción voluntaria.

Lo que parece quedar fuera de toda duda es que la cuestión terminológica no puede servir de excusa para dar la espalda a la realidad social actual y a la tradición histórica, y por ello, hállese o no de jurisdicción voluntaria cuando nos referimos a la actuación notarial, lo cierto es que por arrastre histórico se comprenden en la misma una serie de actuaciones que no son propiamente jurisdiccionales y que, incluso históricamente, fueron desempeñadas por los Notarios.

Por tanto, la desjudicialización actual de las mismas no supone su desnaturalización sino el reconocimiento de su incardinación natural en la función tradicionalmente desarrollada por el Notariado, como dicen FERNÁNDEZ BUJAN y ZEJALBO MARTÍN.

Este último autor destaca que el Notariado occidental ejerció durante la Edad media, en mayor o menor medida, la potestad de autorizar matrimonios, posibilidad reconocida por la Decretal del papa Alejandro III, fecha en 1170, la cual formó parte del *Corpus Iuris Canonici*. Eso explica que resulte habitual encontrar en los protocolos notariales italianos de la baja Edad media y S. XVI matrimonios celebrados ante Notario. Junto a la celebración del matrimonio, también se encuentran en el Derecho español histórico, en Las Partidas y Fueros, ejemplos de la intervención notarial en los pactos de barraganía o similares. Todo ello acredita que, de aprobarse el PLJV, el Notariado asumiría unas competencias que históricamente ya había conocido y que por su naturaleza caen dentro de lo que constituye la función notarial.

2 El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria (PLJV).

El Consejo de Ministros del día uno de agosto de 2014 aprobaba el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria para su remisión y tramitación parlamentaria en las Cortes Españolas. Culminaba de este modo, tras un dilatado proceso de elaboración, el encargo que la disposición final decimoctava de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, encomendó al Gobierno, como nos recuerda en su primer párrafo la Exposición de Motivos del Proyecto aprobado.

Este Proyecto de Ley se enmarca, dice la Exposición de Motivos, *en el proceso general de modernización del sistema positivo de tutela del Derecho privado*. Dentro de este sistema de tutela de los derechos que el Estado debe garantizar, constituye piedra angular la mencionada Ley de Enjuiciamiento Civil, a la que se le añadirá, cuando sea aprobada, la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria. Por tanto, como idea básica de la que partir hay es que cuando hablamos de jurisdicción voluntaria nos movemos en un ámbito jurídico de protección, garantía y tutela de los derechos del ciudadano.

Esta tutela que el Estado está obligado a garantizar se articula, en sede de jurisdicción voluntaria, bien por medio de la tutela judicial, bien mediante la tutela administrativa que están llamados a prestar los Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, *como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica*, dice la Exposición de Motivos.

Sea tutela judicial o sea tutela administrativa, la jurisdicción voluntaria se vincula a situaciones no contenciosas en las que no es suficiente, o posible, la autotutela de los ciudadanos por tratarse de materias en las que *se justifica el establecimiento de limitaciones a la autonomía de la voluntad en el ámbito del derecho privado, que impiden la obtención de un determinado efecto jurídico cuando la trascendencia de la materia afectada, la naturaleza del interés en juego o su incidencia en el estatuto de los interesados afectados, así lo justifiquen. O también, con la imposibilidad de contar con el concurso de voluntades individuales precisas para constituir o dar eficacia a un determinado derecho*, dice la Exposición de Motivos.

A la tutela judicial quedan reservadas las decisiones de fondo sobre aquellos asuntos que afectan *al interés público o al estado civil de las personas, los que precisan una específica actividad de tutela de normas sustantivas, los que pueden deparar actos de disposición o de reconocimiento, creación o extinción de derechos subjetivos o cuando estén en juego los derechos de menores o personas con capacidad modificada judicialmente*, dice la Exposición de Motivos. El principio constitucional de la tutela judicial efectiva de los derechos (art. 24 C.E) obliga a que sean precisamente los Jueces quienes conozcan y resuelvan aquellos expedientes de jurisdicción voluntaria referidos directamente a derechos fundamentales o que afecten a intereses de menores de edad o personas que deban ser especialmente protegidas.

A la tutela administrativa le corresponde la protección de aquellos otros intereses de los ciudadanos que no afectan directamente a derechos fundamentales ni se refieren inmediatamente a menores de edad o personas que deban estar especialmente protegidas. *El elevado grado de modernización y especialización que alcanza hoy la*

Administración pública profesionalizada y regida por los principios de objetividad, eficacia e interdicción de la arbitrariedad y sujeta a la Ley y al derecho por mandato constitucional, dice la Exposición de Motivos, justifica su aptitud para lograr la tutela administrativa de determinados derechos privados mediante la intervención de unos cuerpos de funcionarios (Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles) que son protagonistas principales de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica. Por esta razón, dice la Exposición de Motivos, *se les considera especialmente aptos para intervenir en la tutela administrativa de determinados derechos privados*, buscando que los ciudadanos, sin pérdida de garantías jurídicas, se vean beneficiados por la colaboración que el Estado les presta para lograr una mayor efectividad de sus derechos.

Esta intervención del Estado, bien mediante la tutela judicial, bien mediante la administrativa, se justifica porque en sede de jurisdicción voluntaria *están en juego intereses de gran relevancia dentro de la esfera personal y patrimonial de las personas*, y la jurisdicción voluntaria se concibe como *cauce de actuación y de efectividad de determinados derechos regulados en el Código Civil, en el Código de Comercio y en la legislación especial de Derecho privado*.

Para concluir esta visión general, conviene destacar los siguientes principios que se manifiestan en la Exposición de Motivos del Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria:

1) La jurisdicción voluntaria tiene *carácter adjetivo o auxiliar* (como sucede esencialmente con la Ley de Enjuiciamiento Civil), pues habilita cauces para la actuación y efectividad de derechos materiales o sustantivos reconocidos a los ciudadanos por las leyes civiles.

2) La *autonomía conceptual* de la jurisdicción voluntaria, dentro del conjunto de actuaciones jurídico públicas del Estado, justifica su tratamiento separado, tanto en lo que se refiere a la función judicial -diferenciándola de los procedimientos regulados en la Ley de Enjuiciamiento Civil-, como en lo que atañe a los Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, ubicando esta materia, en lo que al Notariado se refiere, en la Ley del Notariado de 1862. Por tanto, la Ley de Jurisdicción Voluntaria se ocupa de regular los procedimientos que caen dentro de la competencia de los Jueces o Secretarios Judiciales, mientras que la de aquellos funcionarios que no forman parte de la oficina judicial se regula en sus respectivas leyes

Consecuentemente con esta distribución funcional, *se incorporan en disposiciones finales las modificaciones pertinentes del Código Civil, el Código de Comercio, de la Ley de Enjuiciamiento Civil, la Ley del registro Civil, la Ley del Notariado, la Ley Hipotecaria, la Ley de Asistencia Jurídica Gratuita, la Ley de Hipoteca Mobiliaria y prenda sin desplazamiento de la posesión*.

3) Corresponde a la jurisdicción voluntaria conocer aquellas situaciones que, por razón de la materia, o por los intereses en juego, o por su incidencia en el estatuto personal de los ciudadanos, necesitan la intervención tutelar del Estado descartando la autotutela privada. En lo que a los Notarios se refiere, su actuación se desenvuelve fundamentalmente en la certeza de determinadas situaciones, derechos y negocios que,

mediante la fe pública notarial, tienen un cauce oficial y publico que garantiza su certeza y eficacia.

4) El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria parte, acertadamente a mi juicio, de una clara distribución de competencias por razón de la función que desarrolla cada una de las instituciones implicadas, asignando a cada una las materias más próximas a su respectiva función para procurar una respuesta más pronta al ciudadano, y todo ello en consideración a que por *la naturaleza del interés o del derecho en juego* hacen que fuera *constitucionalmente exigible encargarse de la tramitación de dicha materia* a la institución respectiva.

En contra de la opinión manifestada en su momento en el Informe elaborado por el Consejo General del Poder Judicial, es un acierto evitar en la medida de lo posible la *alternatividad entre los juzgados y otros operadores jurídicos, es decir, la posibilidad de acudir indistintamente a diferentes operadores para la obtención de un mismo efecto jurídico. Con ello se conjura la producción de duplicidades indeseables, contribuyéndose también a la clarificación de funciones de cada uno y, con ello, a la seguridad jurídica, también exigible y relevante en este tipo de negocios jurídicos.*

SEGUNDA PARTE

MATRIMONIO EN ESPAÑA: DERECHO VIGENTE Y PLJV.

I Introducción.

Aunque la ponencia tiene como referencia la intervención notarial en el expediente matrimonial y en la celebración del matrimonio, conforme a lo previsto en el PLJV, procede hacer una referencia al sistema matrimonial español actual y detenerse en su regulación positiva, si quiera sea en aquellos aspectos fundamentales que conforman el matrimonio en España.

Ello es así porque el expediente matrimonial es un control de legalidad preventivo que lleva a cabo -en nuestro caso- la autoridad española con carácter previo a la celebración del matrimonio, resolviendo sobre su procedencia o improcedencia. La resolución del expediente debe hacerse razonadamente, teniendo en cuenta, por un lado, que el *ius connubii* es un derecho fundamental de la persona, y por otra parte, que se trata de un derecho que está sujeto al cumplimiento de los requisitos exigidos por la legislación de cada Estado.

La decisión que se adopte en el expediente matrimonial ha de estar fundada en razones jurídicas, y sólo cabe fundamentar jurídicamente una decisión si se conoce suficientemente la norma aplicable. Por tanto, el estudio, aunque sea somero, del derecho sustantivo actual, comparándolo con el sistema proyectado, constituye un presupuesto ineludible para abordar con garantía el estudio del PLJV en el que novedosamente se regulan el matrimonio y la separación y divorcio en sede notarial.

II El marco jurídico constitucional.

Si bien es el Código Civil quien fija el sistema matrimonial español (Libro Primero (“De las personas”) Título IV, artículos 42 y siguientes), es la Constitución Española quien reconoce el derecho a contraer matrimonio (*us connubi*, también denominado *ius nubendi*).

El artículo 32 CE dice en su párrafo primero que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica”, remitiéndose a la ley “para regular las formas del matrimonio, la edad y la capacidad para contraerlo, los derechos y deberes de los cónyuges, las causas de separación, disolución y sus efectos”. Fruto de esa remisión, el párrafo primero del artículo 44 CC señala que “el hombre y la mujer tienen derecho a contraer matrimonio conforme a las disposiciones de este Código”. Por tanto, es el Código Civil quien fija el sistema matrimonial español siguiendo las coordenadas generales fijadas por la Constitución.

Destaca DÍAZ MARTÍNEZ⁸ que este derecho constitucionalmente reconocido a contraer matrimonio no tiene rango de derecho fundamental, lo que determina que una hipotética violación del mismo no permitiría un recurso de amparo. Sin embargo, su

⁸ DÍAZ MARTÍNEZ, Ana, pag. 650. *Op cit* en BIBLIOGRAFIA.

rango constitucional hace que vincule a todos los poderes públicos a la vez que tiene a su favor una reserva de ley (art. 53.1 CE).

Las coordenadas generales que la Constitución marca se encuentran, además de lo dispuesto en el citado artículo 32, en los siguientes artículos:

1) El artículo 10 CE (dentro del Título de los derechos y deberes fundamentales) señala en su párrafo primero que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. Precisamente este derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad se fue argumento central de la Ley/2005 a la hora de introducir el matrimonio entre personas del mismo sexo, como se puede comprobar en su Exposición de Motivos.

2) El artículo 14 CE establece que “no pueda prevalecer discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”.

3) El artículo 16 CE (también comprendido en el Título de los derechos y deberes fundamentales) señala en su punto primero que “se garantiza la libertad ideológica, religiosa y de culto de los individuos y las comunidades sin más limitación en sus manifestaciones que la necesaria para el mantenimiento del orden público protegido por la ley”, añadiendo el punto segundo que “nadie podrá ser obligado a declarar sobre su ideología, religión o creencias”.

4) Por último, cabe citar el artículo 149 1º 8º CE, que fija la competencia exclusiva del Estado, entre otros asuntos, para fijar las reglas relativas a las formas del matrimonio, lo que abre un debate en la doctrina (que no será tratado en esta ponencia) sobre la competencia de las Comunidades Autónomas para regular las uniones de hecho y crear verdaderos matrimonios paralelos, que se asimilan en muchos casos al matrimonio propiamente dicho.

El texto de los artículos 14 y 16 de la Constitución puede servir de argumento para quienes defiendan que cualquier requisito legal en orden a la celebración del matrimonio podría ser tachado de discriminatorio. Tal razonamiento fue utilizado, por ejemplo, por quienes defendían el matrimonio entre personas del mismo sexo antes de la reforma de la Ley de 2005. Sin embargo, a mi juicio, la disyuntiva en este punto no se centraba tanto en sede de discriminación cuanto en la configuración jurídica del matrimonio, que tradicionalmente y en todas las sociedades, culturas y religiones se consideró como unión estable entre hombre y mujer dirigida a la procreación para la constitución de una familia. Cabe citar en este sentido el Auto del TC 222/1994, de 11 de julio, cuando declaró que la configuración del matrimonio como unión heterosexual no vulnera el principio de igualdad. Este criterio no impidió, sin embargo, que posteriormente el TC reconociera la constitucionalidad de la Ley 1/2005 en la Sentencia de 6 de noviembre de 2012. Ello es así porque, a mi juicio, estas decisiones no razonaron en términos de igualdad y no discriminación, sino que decidieron sobre el diseño legal del matrimonio en el Derecho español.

En igual sentido se pronunció el TEDH en Sentencia de 24 de junio de 2010 al declarar que no era obligatorio para los Estados permitir el matrimonio entre personas

del mismo sexo con arreglo a los artículos 12 y 14 en relación con el artículo 8 del Convenio de Roma. De forma parecida se pronunció el mismo Tribunal en el asunto del matrimonio celebrado por el rito gitano, que afectaba a España y que se resolvió en la Sentencia de 8 de diciembre de 2009. Entendió el Tribunal que el no reconocimiento por la legislación española de efectos civiles al matrimonio celebrado conforme al ritual gitano no comportaba discriminación en sede matrimonial, pues los gitanos, igual que el resto de los ciudadanos, podían contraer matrimonio conforme a la Ley española sin discriminación alguna.

Lo mismo cabe decir en la actualidad del matrimonio celebrado en forma religiosa, pues no toda forma religiosa de matrimonio es hábil para producir efectos civiles en España, sin que por ello se pueda decir que existe una discriminación contraria a ley..

Efectivamente, en España producen efectos civiles los matrimonios religiosos celebrados conforme al Derecho Canónico, en virtud de los Acuerdos jurídicos entre el Estado español y la Santa Sede, de 3 de enero de 1979, así como los celebrados conforme a los ritos de las confesiones evangélicas, judía e islámica en los términos acordados con el Estado en la Leyes 24, 25 y 26 de 1992, de 10 de noviembre (referidas respectivamente a las confesiones evangélica, judía e islámica). No obstante, este apartado será objeto de mayor precisión al hablar del matrimonio en forma religiosa.

Como conclusión de lo expuesto cabe decir: (i) que el derecho de hombre y mujer a contraer matrimonio, reconocido en los textos internacionales, se sustanciará conforme a las leyes nacionales de cada uno de los Estados. (ii) que no todo requisito exigido para celebrar el matrimonio puede ser tachado de discriminatorio, si bien, el reconocimiento internacional y constitucional del *ius connubii* hace que cualquier restricción o limitación que se imponga debe ser razonable y fundada, descartándose toda arbitrariedad.

Lo expuesto tiene especial relevancia, como veremos, a la hora de resolver el expediente matrimonial, pues es doctrina de la DGRN que en caso de duda es preferible no poner trabas en el expediente matrimonial a la celebración del matrimonio, sin perjuicio del posterior recurso judicial. Todo ello en base a la presunción general de buena fe y a que el *ius connubii* es un derecho fundamental de la persona, que no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista certeza racional y absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad el matrimonio.,.

III Derecho vigente.

Actualmente, el Derecho matrimonial español se encuentra en situación de interinidad -que no de vacío legal- desde que se publicó la Ley del Registro Civil de 20/2011, de 21 de julio con una *vacatio legis* hasta julio del año 2014, prorrogada actualmente hasta el 15 de julio de 2015 por el Real Decreto-ley 8/2014, de 4 de julio.

Por tanto, conviene fijar la normativa vigente para clarificar el estado actual de la cuestión, partiendo de lo ya visto sobre el marco jurídico constitucional.

a) Código Civil (CC): regula el matrimonio en el Libro Primero (De las Personas), Título IV (Del Matrimonio), arts. 42 a 107. Constituye la norma sustantiva reguladora del matrimonio: se ocupa de los contrayentes: capacidad, impedimentos y dispensa; del

consentimiento matrimonial; de la forma de celebrar el matrimonio y de los efectos; de su disolución, divorcio y separación judicial.

b) Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 (LRC/57) y su Reglamento de 1958, de 14 de noviembre (RRC/58) (BOE el 11 de diciembre de 1958): La regulación que contiene la Ley sobre el matrimonio es muy somera, pues lo relativo al expediente y otros aspectos procedimentales se deja al Reglamento, que, refiriéndose a su redacción, destaca que “...se han tenido en cuenta preceptos de la primitiva Ley del registro Civil que coordinaban con el nuevo sistema, no recogidos en la Ley, próxima a entrar en vigor, por su carácter casuístico o interpretativo...”.

La vigencia de esta Ley viene reconocida expresamente en la E.M de la LRC/2011 cuando dice que “... se deroga la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 que, no obstante, seguirá siendo aplicada en tanto quede extinguido el complejo régimen transitorio previsto en la Ley...”.

c) Leyes sobre la celebración del matrimonio en forma religiosa: (i) Acuerdos celebrados entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, de 3 de enero de 1979 (cuyo Instrumento de ratificación se publicó en el BOE de fecha 15 de diciembre de 1979) (ii) Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España. (iii) Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España. (iv) Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España

d) Se encuentra publicada pero en periodo de *vacatio legis* la Ley del Registro Civil de 20/2011, de 21 de julio, que ya se ha visto afectada por el RDL 8/2014, de 4 de julio, en cuanto a los funcionarios encargados de la llevanza del Registro Civil, tarea que se ha encomendado a los Registradores mercantiles:

- La Ley se ocupa del matrimonio en los artículos 58 (expediente matrimonial), 59 (inscripción del matrimonio) y en el 60 (inscripción del régimen económico matrimonial). La regulación que contiene del matrimonio es muy somera, como también sucedía en la LRC/57, pues los aspectos procedimentales se reconducen a la futura regulación reglamentaria.⁹

- Conviene destacar la Disposición Final Décima sobre la entrada en vigor de la Ley: “ La presente Ley entrará en vigor a los tres años de su publicación en el «Boletín

⁹ La Ley residencia la competencia para la celebración del matrimonio y la instrucción del expediente matrimonial previo en los Ayuntamientos: la celebración del matrimonio corresponde a los Alcaldes o Concejales en quienes se delegue la celebración, mientras que la instrucción del expediente matrimonial corresponde a los Secretarios de Ayuntamiento.

Celebrado el matrimonio, se extenderá el acta correspondiente, que será firmada por el Alcalde o Concejale delegado, los contrayentes y dos testigos. El acta matrimonial se remitirá al Registro Civil preferentemente por medios telemáticos.

El expediente matrimonial que instruyen los Secretarios de Ayuntamiento finalizará mediante resolución en la que se autoriza o deniega la celebración del matrimonio. La resolución denegatoria, que ha de ser fundada, es recurrible ante el Encargado del Registro Civil y, contra su resolución, cabe el recurso ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (DGRN).

A su vez, la Disposición Final cuarta reforma la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil en materia de competencia judicial para conocer de los recursos contra las resoluciones de la DGRN.

Oficial del Estado», excepto las disposiciones adicionales séptima y octava y las disposiciones finales tercera y sexta¹⁰, que entrarán en vigor el día siguiente al de su publicación en el «Boletín Oficial del Estado. Hasta la entrada en vigor de la presente Ley, el Ministerio de Justicia adoptará las medidas y los cambios normativos necesarios que afecten a la organización y funcionamiento de los Registros Civiles dentro del proceso de modernización de la Justicia”.

- Una de las novedades introducidas por esta Ley es la desjudicialización de la materia del Registro Civil, lo que lleva a la derogación del artículo 86 de la L.O 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y de lo previsto en la Ley 38/1998, de 28 de diciembre, de Planta y Demarcación Judicial, respecto de los Registros Civiles, como destaca su Exposición de Motivos. El fundamento de esta desjudicialización, dice la E.M, “... es el de deslindar con claridad las tradicionales funciones gubernativas y judiciales que por inercia histórica todavía aparecen entremezcladas en el sistema de la Ley de 1957, y aproxima nuestro modelo de Registro Civil al existente en otros países de nuestro entorno, en los que también se ha optado por un órgano o entidad de naturaleza administrativa con el fin de prestar un servicio público de mayor calidad, sin perjuicio de la garantía judicial de los derechos de los ciudadanos...”.

e) Por último, incluyo en este apartado, aunque no sea texto legal en la actualidad, el PLJV aprobado por el Gobierno en agosto de este año y actualmente en tramitación en las Cortes españolas. Este Proyecto, que constituye la base de esta Ponencia, introduce importantes modificaciones que seguidamente se resumen:

1) Código Civil (CC): la Disposición Final primera del Proyecto modifica diversos artículos del Código Civil referidos a la celebración del matrimonio, concretamente los números 48, 49, 51, 52, 53, 55, 56, 57, 58, 60, 62, 63, y 65.

2) La LRC/2011) también ve modificados varios de sus artículos, concretamente los números 58, 58 bis (nuevo) y 59. Además, se da nueva redacción a la Disposición final segunda de la Ley para disponer que las referencias que se encuentren en cualquier norma referidas a Jueces o Magistrados encargados del Registro Civil se entenderán hechas al Encargado del Registro Civil, y las referencias que se hagan al Juez, Alcalde o autorizante del matrimonio civil deben ser referidas también al Notario o funcionario diplomático o consular en funciones notariales

3) En la Ley del Notariado (LN) se introduce un nuevo título, el Título VII, relativo a la “Intervención de los Notarios en expedientes y actas especiales”, en cuyo Capítulo II la Sección 1 lleva por título “Del acta matrimonial y de la escritura pública de celebración del matrimonio, y comprende los artículos 51 y 52.

4) Se modifican también otras leyes con la finalidad de adaptar los matrimonios que se celebran en forma religiosa, concretamente: (i) En la Disposición final quinta, la

¹⁰ Disposición adicional séptima. Puesta a disposición de los datos de identificación personal de nacionales y extranjeros. Disposición adicional octava. Inscripción de defunción de desaparecidos durante la guerra civil y la dictadura. Disposición final tercera. *Reforma del Código Civil* Se modifica el artículo 30 del Código Civil, que queda redactado en los siguientes términos: «Artículo 30. La personalidad se adquiere en el momento del nacimiento con vida, una vez producido el entero desprendimiento del seno materno.» Disposición final sexta. *Adquisición de la nacionalidad española por los nietos de exiliados durante la guerra civil y la dictadura.*

Ley 24/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de entidades religiosas evangélicas de España. (ii) En la Disposición final sexta, la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España. (iii) En la Disposición final séptima, la Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el acuerdo de cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España.

IV El Expediente matrimonial en el PLJV

1. Regulación

El PLJV modifica en este punto el Código Civil, la Ley del Registro Civil y la Ley del Notariado, como iremos viendo. A diferencias de lo que ha venido sucediendo hasta ahora, hay que destacar la pormenorizada regulación del expediente matrimonial que pasa a tener la de la Ley del Registro Civil.

a) La LRC/57 no regula el expediente matrimonial sino que se remite al RRC/58, que lo regula en los artículos 238 y siguientes. Este texto fue modificado por RD 1917/1986, de 29 de agosto para su adaptación a la Ley de 7 de julio de 1981, que modificó sustancialmente el Código Civil en materia de matrimonio, separación judicial y divorcio. A día de hoy su articulado no solo sigue vigentes sino que el PLJV acoge buena parte de su contenido, incorporándolo al articulado de la LRC, como veremos al estudiar los trámites del expediente.

b) La LRC/2011 si contempla el expediente matrimonial en su artículo 58, atribuyendo la competencia para su instrucción al Secretario del Ayuntamiento y estableciendo que su tramitación se regirá por lo dispuesto en esta Ley y en reglamento que la desarrolle y, supletoriamente, por lo dispuesto en la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento Administrativo.

La regulación tan detallada que propone el PLJV es, a mi juicio, coherente con la sistemática seguida por el Proyecto, pues, como ya ha quedado expuesto, mientras que la LJV es la llamada a regular los procedimientos que caen dentro de la competencia de los Jueces y Secretarios Judiciales, las actuaciones y procedimientos de aquellos otros funcionarios que no forman parte de la oficina judicial se regulan en sus respectivas leyes. Parece lógico, pues, que la tramitación del expediente matrimonial se regule sustancialmente con rango de ley para conseguir la necesaria uniformidad en su tramitación, cualesquiera sean los funcionarios a quienes se encomienda su realización e independientemente de las formas documentales propias de cada uno, que sí deben ser reguladas por sus respectivas leyes y reglamentos.

Por tanto, este mismo criterio de distribución funcional debería seguirse por coherencia al tiempo de redactar el nuevo Reglamento del Registro Civil, de modo que haya una remisión al Reglamento Notarial en cuanto a la tramitación del acta notarial. Se evitaría de este modo una dispersión normativa no querida por la Ley de Jurisdicción Voluntaria, a la vez que se daría cumplimiento a lo dispuesto en el nuevo artículo 51.2 de la Ley del Notariado (P).

2. Concepto y caracteres del expediente matrimonial.

El expediente matrimonial es el procedimiento que, a instancia de los contrayentes, ha de seguirse obligatoriamente y con carácter previo a la celebración del matrimonio, como regla general, para constatar “el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio”.

Art. 51.1 CC (P): “1. La competencia para constatar mediante acta o expediente el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio corresponderá al Notario, Secretario del Ayuntamiento o Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de uno de los contrayentes o al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil si residiesen en el extranjero...”.

Art. 58.2 LRC (P): La celebración del matrimonio requerirá la previa tramitación o instrucción de un acta o expediente a instancia de los contrayentes para acreditar el cumplimiento de los requisitos de capacidad y la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier otro obstáculo, de acuerdo con lo previsto en el Código Civil. La tramitación del acta competirá al Notario del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes y, si hubiera varios, al que corresponda por turno. La instrucción del expediente corresponderá al Secretario del Ayuntamiento o Encargado del Registro Civil del domicilio de uno de los contrayentes.

Artículo 51 LN (P): 1. Los que vayan a contraer matrimonio para el que se precise acta en la que se constate el cumplimiento de los requisitos de capacidad de ambos contrayentes, la inexistencia de impedimentos o su dispensa, o cualquier género de obstáculos para contraer matrimonio, deberán instar previamente su tramitación ante el Notario que tenga su residencia en el lugar del domicilio de cualquiera de ellos y, si hubiera varios, el que corresponda por turno.

De esta primera aproximación cabe destacar los siguientes rasgos: (i) Obligatoriedad. (ii) Su carácter previo a la celebración del matrimonio, con carácter general. (iii) Con un contenido reglado o predeterminado legalmente y dirigido a comprobar la capacidad de los contrayentes la inexistencia de impedimentos o su dispensa o cualquier género de obstáculos.

3. Sobre la obligatoriedad del expediente previo.

3.1 Regla general.

El expediente matrimonial es un requisito obligatorio para quienes se proponen contraer matrimonio y previo a su celebración, salvo las excepciones que veremos.

Esta exigencia también comprende los matrimonios celebrados en las formas religiosas previstas por las iglesias, confesiones, comunidades o federaciones religiosas inscritas en el Registro de Entidades Religiosas. No así en el caso del matrimonio canónico.

Si bien es cierto que el legislador civil no puede imponer a la confesión o comunidad religiosa la tramitación de un expediente con carácter previo a la celebración del matrimonio, sin embargo, lo cierto es que el hecho de que se admitan diversas formas de celebración de matrimonio no impide que estemos en presencia de un único matrimonio, el civil, y desde esta perspectiva el legislador sí que es competente para determinar qué requisitos se deben cumplir -cualquiera que sea la forma de celebración-

para que el matrimonio produzca efectos civiles y pueda tener acceso al Registro Civil (arts. 60 y 61 CC). No obstante, veremos con más detalle esta materia al estudiar el matrimonio celebrado en forma religiosa.

Igualmente, la tramitación del expediente o acta notarial será exigible en los matrimonios de españoles que se celebren en el extranjero, posibilidad contemplada en el artículo 58.12 LRC [P].

Art. 58. 12 LRC (P). Si los contrayentes hubieran manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero, con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de celebración o en forma religiosa y se exigiera la presentación de un certificado de capacidad matrimonial, lo expedirá el Encargado del Registro Civil del lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes, previa presentación o remisión a la oficina correspondiente del Registro Civil del expediente instruido o del acta que contuviera el juicio notarial acreditativo de la capacidad matrimonial por el Notario autorizante.

En tales casos, para la inscripción del matrimonio deberá tramitarse el acta o expediente, que, incluso, deberá ser previo a la celebración del matrimonio cuando la ley del lugar de la celebración exija un certificado de capacidad, que deberá expedir el Encargado del Registro Civil previa la tramitación con resultado positivo del expediente o acta matrimonial.

De la Instrucción de la DGRN de 9 enero 1995, que contempla este supuesto del certificado de capacidad matrimonial, pueden extraerse las siguientes conclusiones:

a) Sólo es preciso cuando los contrayentes hayan manifestado su propósito de contraer matrimonio en el extranjero con arreglo a la ley del lugar de celebración y este exija dicho certificado (*cfr.* art. 252 RRC y Convenio número 20 de la Comisión internacional del Estado Civil de 5 de septiembre de 1980, BOE 16 de mayo de 1988).

b) El certificado se expide después de haberse instruido el expediente previo matrimonial con resultado favorable. No puede prescindirse, por tanto de la tramitación del expediente y de la audiencia reservada y por separado de cada contrayente, que deberá realizarse como en cualquier otro supuesto.

c) La única particularidad del expediente es que en estos casos no concluye con la autorización del matrimonio por funcionario español sino con la entrega a los contrayentes del certificado de capacidad matrimonial válido por seis meses.

d) Hay un modelo plurilingüe de este certificado aprobado por OM de 26 de mayo de 1988.

3.2 Reglas particulares

Tanto en el caso del matrimonio en peligro de muerte, como en todos aquellos en que se hubiera celebrado sin la tramitación previa del expediente o acta notarial, el art. 65 CC [P] distingue en sus dos párrafos lo siguiente:

a) Párrafo primero: Antes de *realizar las actuaciones que procedan para su inscripción*, el Notario, el Encargado del Registro Civil o el funcionario que lo haya celebrado deberán comprobar si se reúnen los requisitos legales para la validez del matrimonio y tramitarán el acta o expediente oportunos (art. 65 párrafo primero CC [P]).

Este párrafo parece referido a los matrimonios en peligro de muerte que, sin previo expediente matrimonial, se celebran ante quienes también son competentes para instruir el expediente o acta previa, es decir, Notario, Encargado del Registro Civil o el funcionario que lo haya celebrado, mención ésta última que parece referirse al Encargado del Registro Civil en el extranjero. No contempla, sin embargo, el matrimonio celebrado ante el Alcalde o Concejal en quien este delegue.

Referido al Notario, el artículo 52.3 LN [P] dice que el Notario otorgará escritura pública donde se recoja la prestación del consentimiento matrimonial y tramitará posteriormente el acta para comprobar los requisitos de validez del matrimonio.

b) Párrafo segundo: Se ocupa de los matrimonios celebrados ante autoridad o persona competente distintas a las indicadas en el párrafo anterior, es decir, sería el caso de los oficiados por Alcalde o Concejal, Oficial o Jefe superior en el caso de los militares en campaña y Capitán o Comandante de nave o aeronave. También, parece, será aplicable a los celebrados en cualquier forma religiosa que no exija la previa tramitación del expediente matrimonial. En tales supuestos, dice, “el acta de la celebración se remitirá al Colegio Notarial del lugar para que se proceda por el Notario que se designe a la comprobación de los requisitos de validez, mediante el acta correspondiente. También podrá remitirse directamente al encargado del Registro Civil donde deba inscribirse el matrimonio para que sea realizada por este la anterior comprobación, mediante la tramitación correspondiente”.

La competencia para la tramitación parece que debe corresponder a quien hubiera sido competente en caso de haberse tramitado el expediente conforme a la regla genera.

3.3. Instructor del expediente.

En la situación actual, sólo el Juez encargado o de Paz, o el Encargado del Registro Civil consular pueden instruir el expediente. No cabe, sin embargo, la instrucción por el Secretario del Ayuntamiento en caso de matrimonio ante los Alcaldes. (Instrucción DGRN 26 enero 1995).

En el PLJV está previsto que puedan ser instructores del expediente el Notario, el Secretario del Ayuntamiento y el Encargado del Registro Civil, según dice el art. 51.1 CC (P). En el caso de matrimonios que se celebren fuera de España con arreglo a la ley española, el art. 58.9 LRC (P) dice que “...la tramitación del acta o expediente previo y la celebración del matrimonio, de conformidad con las reglas establecidas en los apartados anteriores, corresponderá al funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero”¹¹.

La competencia del instructor se determina inicialmente por el domicilio de cualquiera de los contrayentes, quienes podrán elegir dónde instruir el expediente y ante qué autoridad, aunque siempre con referencia al domicilio de cualquiera de ellos. Por

¹¹ **Artículo 238 RRC/58:** “Es competente para la instrucción del expediente previo a la celebración del matrimonio el Juez encargado o de Paz, o el Encargado del Registro Civil consular, correspondiente al domicilio de cualquiera de los contrayentes”. **Artículo 239 RRC/58:** “El Juez de Paz es competente, bajo la dirección del Encargado y por delegación de éste, para instruir el expediente previo al matrimonio y para autorizar o denegar su celebración...”

tanto, los contrayentes pueden decidir en cuál de sus respectivos domicilios, si residen en poblaciones distintas, les resulta más conveniente que se autorice el acta notarial o se instruya el expediente administrativo, e, igualmente, pueden elegir la forma de llevarlo a cabo de entre las posibles, es decir, expediente ante el Secretarios del Ayuntamiento o ante el Encargado del registro Civil competentes, o bien mediante acta notarial.

Con relación al artículo 58 LRC/2011 hay un cambio sustancial en el PLJV, pues, tras la desjudicialización producida por dicha Ley¹², se preveía que los oficiantes del matrimonio fueran exclusivamente los Alcaldes o Concejales en quienes aquellos delegaran, mientras que la instrucción del previo expediente matrimonial recaía en exclusiva en los Secretarios de los Ayuntamientos. Este planteamiento respondía igualmente a la indeterminación de la LRC/2011 en cuanto a los funcionarios encargados de la llevanza del Registro Civil¹³.

La situación ha cambiado en la actualidad tras la decisión de que sean los Registradores Mercantiles quienes se encarguen de la llevanza del Registro Civil. Tras esta decisión, el Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria también contempla la posibilidad de que los nuevos encargados del Registro Civil –que ya no están en la esfera judicial- puedan autorizar los matrimonios y el previo expediente matrimonial, funciones que se comparten con los Secretarios Judiciales y los Notarios.

Esta incorporación de Notarios y Registradores mercantiles junto a los Secretarios de Ayuntamiento diversifica las opciones de los ciudadanos y agilizará todo lo concerniente al matrimonio.

La incorporación de los Encargados del Registro civil compartiendo funciones con Notarios y Secretarios Judiciales, unida a la posibilidad que respecto de un mismo matrimonio puedan compartir la celebración del matrimonio y la instrucción del expediente matrimonial, debe llevar al legislador a reconsiderar lo que se dispone en el artículo 58.7 LRC [P] sobre competencia en materia de recursos contra las decisiones de Notarios y Secretarios Judiciales en las actas y expedientes matrimoniales, pues lo lógico es que las decisiones de todos quienes pueden instruir el expediente puedan recurrirse ante el mismo órgano, en este caso, la Dirección General de los Registros y del Notariado.

El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil, será competente cuando ambos contrayentes residan en el extranjero. En caso de

¹² Sobre la desjudicialización de esta materia dice la Exposición de Motivos Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil: “...II. La modernización del Registro Civil también hace pertinente que su llevanza sea asumida por funcionarios públicos distintos de aquellos que integran el poder judicial del estado, cuyo cometido es juzgar y ejecutar lo juzgado.

En efecto, la aplicación al registro Civil de técnicas organizativas y de gestión de naturaleza administrativa permitirá una mayor uniformidad de criterios y una tramitación más ágil y eficiente de los distintos expedientes, sin merma alguna del derecho de los ciudadanos a una tutela judicial efectiva, pues todos los actos del registro Civil quedan sujetos a control judicial.

Esta Ley deslinda con claridad las tradicionales funciones gubernativas y judiciales que por inercia histórica todavía aparecen entre mezcladas en el sistema de la Ley de 1957, y aproxima nuestro modelo de Registro Civil al existente en otros países de nuestro entorno, en los que también se ha optado por un órgano o entidad de naturaleza administrativa con el fin de prestar un servicio público de mayor calidad, sin perjuicio de la garantía judicial de los derechos de los ciudadanos...”

¹³ Arts. 21 y 22 LRC/2011

contrayentes españoles domiciliados uno en España y otro en el extranjero, el instructor del expediente será conforme al art. 238 RRC el del domicilio de cualquiera de ellos. Por tanto, según elijan los contrayentes, el instructor será el Juez Encargado o de Paz del domicilio en España, o el encargado del Registro Civil consular correspondiente al domicilio del contrayente extranjero. (Instrucción DGRN 9 enero 1995). El mismo criterio deberá seguirse en el futuro, pues el cambio de autorizantes u oficiantes del matrimonio no es motivo para alterarlo.

Supuesto distinto es cuando los contrayentes deciden celebrar su matrimonio en el extranjero y con arreglo a la forma establecida por la ley del lugar de su celebración o en forma religiosa (art. 58.12 LRC [P]), como ya se ha visto anteriormente al comentar la Instrucción DGRN 9 enero 1995.

En caso de que el instructor sea el Notario, será competente aquél que tenga su residencia¹⁴ en el lugar del domicilio de cualquiera de los contrayentes, y, si fueran varios los que tuvieran la residencia en dicho lugar, la competencia corresponderá a quien se designe por turno notarial, dice el art. 51 LN [P]. Igual criterio se aplicará cuando concurren todos los Notarios del distrito donde se encuentra la población elegida por los contrayentes por no haber Notaría demarcada en dicha población (art. 136 RN).

Queda claro y resulta lógico que así sea, dada la naturaleza del procedimiento, que la instrucción del acta no se rige por el principio general de la libre elección de Notario que reconoce el artículo 3 párrafo segundo RN *sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico* (art. 126 RN)¹⁵ Este principio general de libre elección de Notario que consagra la legislación notarial es elemento esencial configurador de la función notarial sin más limitaciones que las previstas en el Ordenamiento jurídico. La tramitación del acta notarial del expediente matrimonial será una de esas limitaciones.

Para la designación por turno de Notario, deben los interesados formular la correspondiente solicitud en el Colegio Notarial o, directamente, a los Delegados o Subdelegados del distrito notarial que corresponda por razón de la población elegida

¹⁴ La residencia notarial es un concepto jurídico administrativo que viene determinado por el lugar en que esta demarcada la Notaría, como dicen los artículos 7 LN y 42 RN, y tiene trascendencia funcional y disciplinaria: a) Art. 7 LN: *La residencia habitual de los notarios ha de ser el punto designado en la creación de su respectivo oficio.* b) Artículo 42.1 RN: *“El Notario deberá residir en el lugar en que está demarcada la notaría. Los Notarios deberán tener su despacho u oficina en el punto de su residencia...”*.

¹⁵ **Artículo 126 RN.** Todo aquél que solicite el ejercicio de la función pública notarial tiene derecho a elegir al notario que se le preste, sin más limitaciones que las previstas en el ordenamiento jurídico, constituyéndose dicho derecho en elemento esencial de una adecuada concurrencia entre aquellos.

En las transmisiones onerosas de bienes o derechos realizadas por personas, físicas o jurídicas, que se dediquen a ello habitualmente, o bajo condiciones generales de contratación, así como en los supuestos de contratación bancaria, el derecho de elección corresponderá al adquirente o cliente de aquellas, quien sin embargo, no podrá imponer notario que carezca de conexión razonable con algunos de los elementos personales o reales del negocio.

A salvo de lo dispuesto en el párrafo anterior, se estará a lo dispuesto en la normativa específica. En defecto de tal, a lo que las partes hubieran pactado y, en último caso, el derecho de elección corresponderá al obligado al pago de la mayor parte de los aranceles.

Los notarios tienen el deber de respetar la libre elección de notario que hagan los interesados y se abstendrán de toda práctica que limite la libertad de elección de una de las partes con abuso de derecho o infringiendo las exigencias de la buena fe contractual.

para la tramitación (art. 130 RN). La solicitud de turno es un trámite reglamentado, ágil en la práctica y muy facilitado por los encargados de su llevanza:

a) Solicitado turno por el interesado, el encargado designará el Notario que deba autorizar el acta, y tal designación es de obligado cumplimiento salvo renuncia del designado que, como regla general y salvo justa causa, sólo podrá hacerse a favor de todos los Notarios concurrentes (art. 133 RN).

b) Las bases reguladoras del turno y la forma de llevarlo se determina por las Juntas Directivas de los Colegios Notariales, que darán cuenta a la Dirección General de los Registros y del Notariado para que apruebe el sistema de turno acordado (art. 134 RN).

c) Con vista a una mas eficiente prestación del servicio público notarial, los Colegios Notariales pueden establecer turnos desiguales entre los Notarios de una misma plaza, y hasta pueden excluir a quienes por su volumen de trabajo no puedan razonablemente atender debidamente el turno (art. 134 RN).

3.4 Fases del expediente.

3.4.1 Inicio del expediente

El expediente se inicia a instancia de los contrayentes y mediante una solicitud o rogación dirigida al órgano instructor, acompañada de la documentación acreditativa de las circunstancias personales:

Art. 58.3 LRC (P). “La solicitud contendrá, además de las menciones de identidad de los contrayentes, su declaración jurada de que no existe impedimento para el matrimonio y la designación del oficiante elegido para la celebración. Deberá ir acompañada de los documentos acreditativos de su identidad, domicilio o residencia actual y de los que hubieran tenido durante los dos últimos años y, en su caso, de sus vínculos matrimoniales anteriores y de su disolución, de la emancipación y la dispensa que procediera. La inexistencia de vínculos matrimoniales anteriores no disueltos o anulados deberá acreditarse con información del Registro Civil. Si uno de los contrayentes fuera a contraer matrimonio representado por apoderado deberá aportarse el poder especial otorgado en forma auténtica en el que deberá estar determinada la persona con la que ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad”.

El vigente RRC/58 se ocupa del inicio en los artículo 240 y 241:

Artículo 240: El expediente se inicia con la presentación de un escrito, que contendrá:

- 1.º Las menciones de identidad, incluso la profesión, de los contrayentes.
- 2.º En su caso, el nombre y apellidos del cónyuge o cónyuges anteriores y fecha de la disolución del matrimonio.
- 3.º La declaración de que no existe impedimento para el matrimonio.
- 4.º El Juez o funcionario elegido, en su caso, para la celebración.
- 5.º Pueblos en que hubiesen residido o estado domiciliados en los dos últimos años.

El escrito será firmado por un testigo a ruego del contrayente que no pueda hacerlo.

Artículo 241.

Con el escrito se presentará la prueba del nacimiento y, en su caso, la prueba de la disolución de los anteriores vínculos, la emancipación o la dispensa; ésta no prejuzga la inexistencia de otros impedimentos u obstáculos.

3.4.2 Ratificación y posible subsanación de defectos.

El trámite de ratificación supone la comparecencia personal de los contrayentes ante el instructor. Este trámite posiblemente en sede notarial no tenga sustantividad propia, pues, por la propia forma de desenvolverse el procedimiento notarial, lo lógico es que la ratificación vaya implícita en el requerimiento que los contrayentes hacen al Notario y que determina el inicio del acta notarial.

Con la legislación en vigor, la Instrucción DGRN 9 enero 1995 dice que la ratificación por ambos contrayentes del escrito inicial es siempre necesaria (art. 240 RRC), sin perjuicio de que pueda hacerse mediante poder o mediante comparecencia ante otro Registro Civil español (art. 242 RRC)..

El RRC/58 se ocupa de este trámite en el art. 242:

Artículo 242: En el momento de la ratificación o cuando se adviertan se indicarán a los contrayentes los defectos de alegación y prueba que deban subsanarse. La ratificación del contrayente que no esté domiciliado en la demarcación del Registro donde se instruya el expediente podrá realizarse por comparecencia ante otro Registro Civil español o por medio de poder especial.

De seguirse un criterio similar al previsto por el RRC, cabría en el acta notarial que uno de los contrayentes otorgará el acta en su propio nombre y en el del otro, mediante el correspondiente poder específico para ello. También cabría la posibilidad de que lo otorgara ante otro Notario, caso en el que se remitiría telemáticamente al Notario instructor el acta autorizada.

3.4.3 Publicidad del expediente

La regulación del PLJV y del actual RRC/58 (arts. 243 y 244) presentan gran similitud en este aspecto. La publicidad se logra mediante la publicación de edictos que, no obstante, puede exceptuarse en función del número de habitantes de las poblaciones donde hayan residido los contrayentes en los dos últimos años. El número de habitantes se determinará por el último censo oficial.

Art. 58.4 LRC (P): “En todo caso, se dará publicidad al matrimonio proyectado en los tablones de anuncios de los Ayuntamientos donde hubiesen residido o estado domiciliados los interesados en los dos últimos años que tengan menos de 5.000 habitantes de derecho, según el último censo oficial, o bien que correspondan a la circunscripción de un Consulado español con menos de 5.000 personas en el Registro de Matrícula Consular. Los anuncios, que deberán estar expuestos durante el plazo de quince días, requerirán a los que conocieran la concurrencia de algún impedimento para que lo pongan de manifiesto.

Si los interesados hubieran residido en los dos últimos años en poblaciones que no reúnan las condiciones expresadas, el trámite de la publicidad se sustituirá por la audiencia, al menos, de un testigo que deberá manifestar su convencimiento de que el matrimonio proyectado no incurre en prohibición legal alguna”.

Artículo 243 RRC: Se publicarán edictos o proclamas por espacio de quince días exclusivamente en las poblaciones en cuya demarcación hubiesen residido o estado domiciliados los interesados en los dos últimos años y que tengan menos de 25.000 habitantes de derecho, según el último censo oficial, o bien que correspondan a la circunscripción de un Consulado español con menos de 25.000 personas en el Registro de Matrícula.

Los edictos anunciarán el casamiento con todas las indicaciones contenidas en el artículo 240 y con el requerimiento a los que tuviesen noticia de algún impedimento para que lo denuncien.

Los Encargados que reciban la comunicación del instructor devolverán a éste los edictos, una vez fijados en el tablón de anuncios durante el plazo expresado, con certificación de haberse cumplido dicho requisito y de haberse o no denunciado algún impedimento.

Artículo 244 RRC: Si los interesados hubieran residido en los dos últimos años en poblaciones que no reúnan las condiciones expresadas en el artículo anterior, el trámite de edictos o proclamas se sustituirá por la audiencia, al menos, de un pariente, amigo o allegado de uno u otro contrayente, elegido por el instructor y que deberá manifestar, so pena de falsedad, su convencimiento de que el matrimonio proyectado no incurre en prohibición legal alguna.

Esta publicación de edictos o diligencia sustitutoria tiene también importancia, como después veremos, por cuanto fijan el *dies a quo* para el cómputo de la vigencia del expediente.

3.4.4 Trámite de audiencia de los contrayentes.

Tal y como está redactado el texto del PLJV se trata de una comparecencia específica y por separado de los contrayentes, a quienes el instructor oírán reservadamente para cerciorarse de su capacidad y voluntad de querer contraer matrimonio. No contempla el PLJV la posibilidad de que tal comparecencia se haga en otro lugar ante quien no sea el instructor, posibilidad que si está contemplada actualmente en el RRC/58. Sin embargo, la DGRN tiene admitido que en el caso de contrayente domiciliado en otro lugar pueda efectuarse el trámite ante el Registro Civil de su domicilio. (Instrucción DGRN 9 enero 1995)

Art. 58.5 LRC (P). “ 5. El Notario, el Secretario del Ayuntamiento o Encargado del Registro Civil oírán a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de su capacidad y de la inexistencia de cualquier impedimento...”

Artículo 246 RRC/58: El instructor, asistido del Secretario, oírán a ambos contrayentes reservadamente y por separado para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración. La audiencia del contrayente no domiciliado en la demarcación del instructor podrá practicarse ante el Registro Civil del domicilio de aquél.

La doctrina de la DGRN se ha ocupado reiteradamente de este trámite, que en los últimos años ha alcanzado especial relevancia en los matrimonios simulados llamados “de complacencia” o “matrimonios blancos”, en los que uno de los contrayentes es español y otro extranjero. De entre las resoluciones publicadas reseñamos, como ejemplo de otras muchas, las siguientes:

a) Trámite de audiencia de los interesados para evitar la simulación (R. 27 de septiembre de 2000-1ª. RR 25 octubre 2005)

“... II. Dentro de la tramitación del expediente previo a la celebración del matrimonio civil existe un trámite esencial e imprescindible (*cf.* Instrucción 9 de enero de 1995, norma 3ª), como es la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente, que debe efectuar el instructor, asistido del secretario, para cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o de cualquier otro obstáculo legal para la celebración (*cf.* Art. 246 RRC). III La importancia de este trámite ha aumentado en los últimos tiempos –especialmente en los matrimonios entre español y extranjero– en cuanto que por él puede en ocasiones descubrirse el verdadero propósito fraudulento de las partes, que no desean en realidad ligarse con el vínculo matrimonial sino aprovecharse de la apariencia matrimonial para obtener las ventajas que del matrimonio resultan para el extranjero. Si, a través de este trámite o de otros medios, el encargado llega a la convicción de que existe simulación, no debe autorizar un matrimonio nulo por falta de

verdadero consentimiento matrimonial (*cf.* arts. 45 y 73-11 CC)..... V En el caso actual los hechos comprobados por medio de ese trámite de audiencia a los contrayentes no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda la existencia de simulación. Además, habiéndose acreditado la residencia legal de la ciudadana rumana queda despejada la duda en cuanto a su verdadera intención de contraer matrimonio, no obstante el escaso tiempo de convivencia entre ambos contrayentes y el escaso conocimiento mutuo que evidenciaron en la audiencia personal y que justificó el auto denegatorio del Encargado...”

b) Su aplicación a matrimonios celebrados en el extranjero (R. 27 de septiembre de 2000-2^a)

“...Este control se debe llevar a cabo cuando se pretenda la inscripción en el registro consular de matrimonios celebrados en el extranjero con arreglo a ley distinta de la española y, por ello, sin haberse tramitado el expediente matrimonial. Por medio de la calificación del documento matrimonial presentado “y de las declaraciones complementarias oportunas, se puede llegar a la convicción de si hay o no simulación.. En este caso se considero razonable la opinión de que había habido simulación pues los contrayentes –uno español y otro extranjero. Desconocían sus fechas de nacimiento, nombres de los padres, domicilios, trabajos, si habían estado casados antes o no, el nombre de los hijos del otro contrayente y sus edades...””.

3.4.5 Otras pruebas

El catálogo previsto de pruebas no es cerrado, como resulta lógico en este tipo de expedientes. Lo mismo está previsto en el Reglamento Notarial para las actas de notoriedad.

Art. 58. 5 LRC (P): “5...Asimismo, se podrán solicitar los informes y practicar las diligencias pertinentes, sean o no propuestas por los requirentes, para acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios para apreciar la validez de su consentimiento y la veracidad del matrimonio. Si alguno de los contrayentes estuviere afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales se exigirá dictamen médico sobre su aptitud para prestar el consentimiento...”.

Artículo 245 RRC: “Mientras se tramitan los edictos o diligencias sustitutorias, se practicarán las pruebas propuestas o acordada de oficio encaminadas a acreditar el estado, capacidad o domicilio de los contrayentes o cualesquiera otros extremos necesarios. Si el instructor estima que alguno de los contrayentes está afectado por deficiencias o anomalías psíquicas, recabará del Médico del Registro Civil o de su sustituto el dictamen facultativo oportuno”.

En cuanto al posible dictamen médico en el caso de que alguno de los contrayentes estuviera afectado por deficiencias mentales, intelectuales o sensoriales, hasta ahora la competencia viene atribuida al Médico del Registro Civil. En un futuro parece que en sede notarial, al menos, quepa recurrir al dictamen pericial previsto en el art. 50 LN.

Artículo 50 LN (P).

1. En el mes de enero de cada año se interesará por parte del Decano de cada Colegio Notarial de los distintos Colegios profesionales, de entidades análogas, así como de las Academias e instituciones culturales y científicas que se ocupen del estudio de las materias correspondientes al objeto de la pericia el envío de una lista de colegiados o asociados dispuestos a actuar como peritos, que estará a disposición de los Notarios en el Colegio Notarial. Igualmente podrán solicitar formar parte de esa lista aquellos profesionales que acrediten conocimientos necesarios en la materia correspondiente, con independencia de su pertenencia o no a un Colegio Profesional.

La primera designación de cada lista se efectuará por sorteo realizado en presencia del Decano del Colegio Notarial, y a partir de ella se efectuarán por el Colegio las siguientes designaciones por orden correlativo conforme sean solicitadas por los Notarios que pertenezcan al mismo.

2. Cuando haya de designarse perito a persona sin título oficial, práctica o entendida en la materia, previa citación de las partes, se realizará la designación por el procedimiento establecido en el apartado anterior, usándose para ello una lista de personas que cada año se solicitará de sindicatos, asociaciones y entidades apropiadas, y que deberá estar integrada por al menos cinco de aquellas personas. Si, por razón de la singularidad de la materia de dictamen, únicamente se dispusiera del nombre de una persona entendida o práctica, se recabará de las partes su consentimiento y sólo si todas lo otorgan se designará perito a esa persona.

3.4.6 Conclusión del expediente..

57.6 LRC (P). Realizadas las anteriores diligencias, el Notario, el Secretario del Ayuntamiento o Encargado del Registro Civil que haya intervenido finalizará el acta o dictará resolución haciendo constar la concurrencia o no en los contrayentes de los requisitos necesarios para contraer matrimonio, así como la determinación del régimen económico matrimonial que resulte aplicable, entregando copia a los contrayentes. La actuación o resolución deberá ser motivada y expresar, en su caso, con claridad la falta de capacidad o el impedimento que concurra.

Concluida la tramitación, cuyas actuaciones deben quedar documentadas e incorporados los documentos al acta o expediente, se dictará resolución declarando si los contrayentes reúnen los requisitos exigidos para contraer el matrimonio proyectado. El art. 58.5 párrafo segundo de la LRC (P) dice en este sentido que “de la realización de todas estas actuaciones se dejará constancia en el acta, archivándose junto con los documentos previos a la inscripción del matrimonio”.

La decisión debe de ser motivada y expresará claramente las razones por las que, en su caso, se emite un juicio desfavorable por apreciar el instructor falta de capacidad o la existencia de cualquier otro impedimento. La expresión clara y suficiente de los motivos responde a una mínima exigencia de seguridad jurídica y es requisito común a cualquier procedimiento, posibilitando a los ciudadanos la defensa de sus pretensiones a través de la vía de los recursos.

El reconocimiento del *ius connubii* como derecho fundamental de las personas impone una gran prudencia al tiempo de apreciar razones impeditivas para la celebración del matrimonio, no pudiendo el instructor fundarse en meras conjeturas o sospechas y teniendo en cuenta que, de no existir una duda razonablemente fundada, debe resolver favorablemente. Además, hay que tener en cuenta que la decisión del instructor no cierra la vía judicial en la que podrá resolverse la cuestión mediante el procedimiento correspondiente.

Este criterio ha sido mantenido de forma reiterada en los recursos conocidos por la DGRN. Como muestra de ejemplo se cita a continuación la doctrina de las RR. 27 de septiembre de 2000-1ª. R. 27 de septiembre de 2000-3ª, similares a muchas otras:

“... VI. Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona no debe ser coartado, postergado o denegado mas que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad el matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aún en casos de duda, no poner traba a la celebración del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-20 de octubre de 1993 ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias de cada caso concreto...”.

En el acta o resolución también se determinará el régimen económico matrimonial, exigencia que ha de ponerse en relación con lo que después veremos sobre la inscripción del régimen económico matrimonial. El régimen se determinará por lo que declaren los contrayentes durante la tramitación del expediente, lo que en la práctica reducirá a partir de ahora los supuestos en que la determinación del régimen se base exclusivamente en la presunción legal (art. 1361 en el caso del CC, por ejemplo). La elección del régimen por los contrayentes durante la tramitación del expediente vendrá facilitada por la información y asesoramiento que pueden recibir del instructor, lo que hará que su decisión esté suficientemente fundada. Por tal razón, no parece necesario que tal elección se haga en el escrito de solicitud inicial, aunque si se hace en el mismo parece lógico que el instructor confirme al menos que se trata de una decisión fundada en el conocimiento de los efectos que derivan del régimen elegido. En el caso del acta notarial puede ser un momento adecuado para fijar el régimen económico el del otorgamiento del requerimiento por ambos contrayentes.

Del acta o expediente se entregará copia a los contrayentes que les legitimará para contraer el matrimonio, si bien ha de tenerse en cuenta que el expediente tiene un plazo de caducidad “pasado un años desde la publicación de los anuncios o de las diligencias sustitutorias sin que se haya contraído matrimonio, no podrá celebrarse este sin nueva publicación o diligencias”, según dice el art. 58.5 párrafo segundo LRC (P)¹⁶.

El art 52. 2 LN (P) facilita la circulación del acta a los efectos de la celebración del matrimonio y prevé su remisión telemática al quien vaya a ser el oficiante:

Art. 52 2 LN (P): Cuando los contrayentes, en la solicitud inicial o durante la tramitación del acta, hayan solicitado que la prestación del consentimiento se realice ante Alcalde o Concejal en quien éste delegue, Encargado del Registro Civil u otro Notario, se remitirá copia del acta al oficiante elegido, el cual se limitará a celebrar el matrimonio y levantará acta u otorgará escritura pública, según proceda, con todos los requisitos legalmente exigidos.

3.4.7 Vigencia.

El expediente matrimonial tiene una vigencia de un año desde La publicación de los anuncios o de las diligencias sustitutorias sin que se haya contraído el matrimonio, pues transcurrido este tiempo no podrá celebrarse el matrimonio sin nueva publicación o diligencias, según el art. 57.5 último párrafo LRC (P). Igual redacción tiene actualmente el art. 248 RRC/58.

3.4.8 Recursos

Los recursos contra la decisión desfavorable de expediente vienen regulados en el art. 58.7 de la LRC (P). Cabe reiterar lo dicho anteriormente sobre la disfunción que resulta del recurso ante el Encargado del Registro Civil en el caso de resoluciones desfavorables del Secretario de Ayuntamiento y del Notario, mientras que la decisión desfavorable del Encargado del Registro Civil es recurrible ante la DGRN. A mi juicio este diverso régimen se debe más al arrastbre histórico del régimen vigente, que parte de

¹⁶ En igual sentido el actual Art. 248. RRC: Pasado un año desde la publicación de los edictos, de su dispensa o de las diligencias sustitutorias, sin que se efectúe el elemento, no podrá celebrarse éste sin nuevas publicación, dispensa o diligencias.

la autorización del expediente por el Juez, que a razones de lógica, pues lo razonable es que el recurso contra las decisión de órganos que comparten la misma competencia sea ante la misma instancia, en este caso la DGRN. Lo contrario llevara a una posible duplicidad innecesaria cuando quien resuelve el expediente sea el Secretario del Ayuntamiento o el Notario, pues el ciudadano debe recurrir ante el Encargado del Registro Civil, quien, de confirmar el criterio del instructor, obligaría al ciudadano a una segunda instancia. Lo lógico, pues, es que en todo caso baste con un solo recurso ante la DGRN.

Art. 57.7 LRC (P): “...Si el juicio del Notario fuera desfavorable se procederá al cierre del acta y los interesados podrán ejercer sus derechos ante el Encargado del Registro Civil del lugar donde se haya tramitado el acta. Las resoluciones del Secretario del Ayuntamiento podrán recurrirse igualmente ante el Encargado del Registro Civil. Las resoluciones de éste se someterán al régimen de recursos ante la Dirección General de los Registros y del Notariado previsto por esta Ley¹⁷.”

3.5 El Acta Notarial.

La tramitación del expediente ante Notario se documenta en forma de acta notarial, a la que reiteradamente se refiere el articulado del PLJV, y muy concretamente el art. 49 2º de la LN (P):

Art. 49 LN (P):

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

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

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

Dentro de los diversos tipos de actas notariales, el expediente matrimonial encaja de lleno en las actas de notoriedad, que tienen por objeto, según dice el párrafo primero del art. 209 RN, “... la comprobación y fijación de los hechos notorios sobre los cuales puedan ser fundados y declarados derechos y legitimadas situaciones personales o patrimoniales, con trascendencia jurídica”. Se complementa lo dicho teniendo en cuenta que en el expediente matrimonial el Notario emite un juicio previa calificación de las pruebas, materia ésta que también es objeto del acta notarial, como dice con carácter general el art. 17.1 párrafo octavo de la LN: “Las actas notariales tienen como contenido la constatación de los hechos o la percepción que de los mismos tenga el Notario, siempre que por su índole no puedan calificarse de actos y contratos, así como sus juicios o calificaciones”.

Siguiendo paralelamente la tramitación del expediente matrimonial y del acta de notoriedad prevista en el art. 209 RN, se comprueba la natural adecuación de esta última a las exigencias del expediente:

¹⁷ El actual Art. 247 RRC dice en su párrafo segundo que “...Contra el auto de aprobación o de denegación de la celebración del matrimonio cabe recurso en vía gubernativa, según las reglas establecidas para los expedientes en general”.

a) Rogación: El requerimiento para instrucción del acta será hecho al Notario por persona que demuestre interés en el hecho cuya notoriedad se pretende establecer (art. 209 RN). En el expediente matrimonial la rogación corresponderá a los contrayentes, art. 58.2 LRC (P)

b) Declaración de los interesados: los requirentes deberán aseverar, bajo su responsabilidad, la certeza del hecho, bajo pena de falsedad en documento público. En el art. 58.3 LRC (P) se dice que la solicitud inicial contendrá una declaración jurada de que no existe impedimentos para contraer el matrimonio.

c) Pruebas: el Notario practicará cuantas pruebas estime necesarias, sean o no propuestas por el requirente, para comprobar la notoriedad pretendida (art. 209 RN). En el expediente matrimonial, además de las pruebas exigidas legalmente, se podrán solicitar los informes y practicar las diligencias pertinentes, sean o no propuestas por los requirentes (art. 58.5 1º LRC [P])

d) Constancia documental: constarán necesariamente en las actas de notoriedad todas las pruebas practicadas y requerimientos hechos con sus contestaciones, así como los justificantes de citaciones y llamamientos. (art. 209 RN). De todas las actuaciones realizadas se dejará constancia en el expediente archivándose junto con los documentos (art. 58.5 1º LRC [P]).

e) Conclusión: si el Notario estimara justificada la notoriedad pretendida lo expresará así, con lo cual quedará conclusa el acta. (art. 209 RN). En igual sentido para el expediente matrimonial (art. 58.5 1º LRC [P]).

Para concluir, cabe decir que el art. 209 RN establece una tramitación constituida por dos actas: la inicial, con fecha y número de protocolo del día del requerimiento, que contiene la rogación y la aseveración del requirente sobre la certeza del hecho; y la final, una vez concluida la tramitación y que contiene la declaración sobre la notoriedad o juicio pretendido, la cual se incorporará como instrumento independiente en la fecha en que se concluye y con el número de protocolo que corresponda. De esta última se dejará constancia en el acta inicial. Este sistema de doble acta se muestra especialmente útil en aquellos procedimientos en los que existe un intervalo de tiempo entre el inicio del expediente y su conclusión, permitiendo el cierre de cada una en tiempo a los efectos del Índice único quincenal.

V El Matrimonio en el PLJV

1 Introducción.

Partiendo de la dualidad de formas que permite el Código Civil, distinguiremos en este epígrafe entre matrimonio civil y matrimonio en forma religiosa. Dentro del matrimonio civil se distinguirá también entre la denominada forma ordinaria de celebración y las formas extraordinarias.

En cuanto a las formas religiosas también hay que distinguir entre el matrimonio celebrado con arreglo al Derecho Canónico, los matrimonios celebrados conforme a lo previsto por Confesiones religiosas que tiene concertados Acuerdos de Cooperación con

el Estado (Evangelistas, Islamicos y Hebraicos) y aquellas otras formas religiosas previstas por confesiones, comunidades religiosas o federaciones inscritas en el Registro de Entidades Religiosas que hayan obtenido reconocimiento de notorio arraigo en España.

En cualquier caso, esta variedad de formas de celebración no debe llevarnos a olvidar que nuestro sistema matrimonial conoce un único matrimonio, por lo que los requisitos legalmente previstos se deben cumplir cualquiera sea la forma de celebración.

2 Matrimonio civil en forma ordinaria.

2.1 Contrayentes.

Cualquier español puede contraer matrimonio dentro o fuera de España en la forma regulada en el Código Civil o en la forma religiosamente prevista (art. 49 CC). Si ambos contrayentes son extranjeros también se podrá celebrar el matrimonio en España, bien en la forma legalmente prevista para los españoles, bien en la forma establecida por la ley personal de cualquiera de ellos (art. 50 CC), como luego veremos.

El matrimonio puede celebrarse entre personas del mismo o diferente sexo, circunstancia ésta que no afecta ni a los requisitos ni a los efectos del matrimonio (art. 44).

Para la celebración del matrimonio se exige tener dieciséis años, ser capaz y no estar incurso en alguno de los impedimentos legalmente establecidos, salvo dispensa (arts. 46, 47 y 48 CC).

2.2 Consentimiento matrimonial

El artículo 45 CC dice en su párrafo primero que *no hay matrimonio sin consentimiento matrimonial*, mientras que el artículo 73 CC señala como primera causa de nulidad la del *matrimonio celebrado sin consentimiento matrimonial*. El consentimiento matrimonial es, pues requisito esencial del matrimonio que debe manifestarse en el acto de la celebración y tiene un contenido propio.

La R. 9 de enero 2007 1ª no deja lugar a dudas sobre lo dicho: “No puede haber matrimonio si no existe consentimiento matrimonial que sólo puede ser prestado en el momento de la celebración y ante la persona que debe autorizar el matrimonio y en presencia de dos testigos mayores de edad, salvo en cuanto a estos que haya imposibilidad acreditada (art. 52 CC). Por tanto, tratándose de un matrimonio en artículo mortis también es necesario que se preste el consentimiento debido, sin que se le pueda suplir por haber manifestado su intención de casarse, incluso aunque ya hubieran iniciado el expediente matrimonial y se hubieran ratificado la solicitud.

De lo expuesto, pueden destacarse las siguientes notas:

a) Se dice que es **esencial** porque sin consentimiento matrimonial no hay matrimonio. No hay verdadero consentimiento en los casos de simulación, de consentimiento obligado (coacción, violencia, etc) o cuando el consentimiento del contrayente es sustituido por la voluntad de un tercero, como ocurre en los casos de matrimonios concertados con menores de edad, por ejemplo.

El consentimiento es simulado cuando el contrayente no asume los fines del matrimonio, excluyéndolos de su consentimiento real. ¿Qué fines se consideran ineludibles para que haya matrimonio y sobre los que necesariamente debe recaer el consentimiento? La pregunta no es sencilla si tenemos en cuenta la evolución vivida por la institución matrimonial en los últimos tiempos, y de ahí que se pueda decir que, aun partiendo de una identidad sustancial entre los países de nuestro entorno y cultura, el contenido específico de este consentimiento vendrá determinado por la configuración del matrimonio en cada sistema matrimonial. Por tanto, lo consentido está en función de cómo esté configurada la institución del matrimonio en cada ordenamiento jurídico.

En este sentido, DE PABLO CONTRERAS¹⁸ señala que la reforma de 2005 ha afectado tan sustancialmente al consentimiento que éste ha dejado de ser un consentimiento específicamente matrimonial para pasar a ser un consentimiento de tipo neutro o aséptico.

La STC 198/2012, de 6 de noviembre de 2012, incide sobre esta materia declarando la reconocibilidad del matrimonio tras la reforma operada por la Ley de 2005: “...Tras las reformas introducidas en el Código Civil por la Ley 13/2005, de 1 de julio, la institución matrimonial se mantiene en términos perfectamente reconocibles para la imagen que, tras una evidente evolución, tenemos en la sociedad actual española del matrimonio, como comunidad de afecto que genera un vínculo, o sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento. Así, la igualdad de los cónyuges, la libre voluntad de contraer matrimonio con la persona de la propia elección y la manifestación de esa voluntad son las notas esenciales del matrimonio, presentes ya en el Código Civil antes de la reforma del año 2005, y que siguen reconociéndose en la nueva institución diseñada por el legislador...”

En base a lo dicho, considerando que el consentimiento matrimonial se expresa después de leídos los artículos 66, 67 y 68 CC, sobre los derechos y deberes de los cónyuges, cabe decir que sigue siendo un consentimiento específico y ceñido al contenido de los mismos, bien que los efectos que se deriven de su incumplimiento hayan variado con las reformas habidas en esta materia.

Sea cual sea el contenido del consentimiento, este ha de existir en el momento preciso que se presta, sin perjuicio de que celebrado el matrimonio se decida poner fin a esta unión, incluso unilateralmente y por la sola voluntad de uno de los cónyuges.

b) Ha de ser manifestado en el **preciso momento del acto de la celebración**, lo que distingue el consentimiento de la declaración de voluntad de querer contraer matrimonio que se hace con motivo del expediente matrimonial, que no constituye consentimiento matrimonial en ningún caso, como ya hemos visto al comienzo de este apartado. En el expediente matrimonial se pone de manifiesto la voluntad de querer contraer matrimonio y se asegura que dicha voluntad procede de persona capaz e idónea.

¹⁸ Cita en DÍAZ MARTÍNEZ Ana. *Op. cit.* pag. 662 en BIBLIOGRAFÍA

La diferencia entre uno y otro es tan clara que, transcurrido un año desde el expediente sin haberse celebrado el matrimonio, será necesario volver a tramitarlo. Tampoco es relevante, por ejemplo, la voluntad declarada al tiempo de otorgar capitulaciones matrimoniales prenupciales¹⁹.

c) El consentimiento ha de exteriorizarse con un **contenido preciso** (ver art. 58 CC) y mediante **formar solemne**. En cuanto a esta última, cabe decir que por trascender el matrimonio de mero interés de los contrayentes, la forma de celebración es pública y solemne en el sentido de constitutiva. El artículo 61 CC así lo dice cuando señala que *el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración*, lo que no impide que *para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil*.

2.3 Impedimentos matrimoniales.

La redacción de los artículos 46 y 47 CC, que regulan los impedimentos matrimoniales, no se ve modificada en el PLJV, sin perjuicio de lo que después veremos al hablar de la dispensa de los impedimentos.

Art. 46 CC: No pueden contraer matrimonio: 1.º Los menores de edad no emancipados. 2.º Los que estén ligados con vínculo matrimonial.

Art. 47 CC Tampoco pueden contraer matrimonio entre sí: 1.º Los parientes en línea recta por consanguinidad o adopción. 2.º Los colaterales por consanguinidad hasta el tercer grado. 3.º Los condenados como autores o cómplices de la muerte dolosa del cónyuge de cualquiera de ellos.

Nos detenemos en el impedimento de vínculo matrimonial anterior, pues puede plantear una serie de cuestiones en la tramitación del expediente matrimonial de interés notarial en el caso de aprobarse el PLJV:

1) ¿Qué sucede si se celebra un segundo matrimonio por persona aun ligada por vínculo anterior? El segundo matrimonio es nulo (STS 13 de mayo de 1983).

2) ¿Si posteriormente se disolviera el matrimonio primeramente celebrado quedaría convalidado el segundo celebrado mientras existía el primer vínculo? **NO**, pues la prohibición no puede existir en el momento de la celebración.

3) ¿Puede contraerse matrimonio –o autorizarse el expediente- cuando hay una sentencia de nulidad o divorcio que aún no es firme? **No**, como punto de partida. Sin embargo, ha de matizarse esta primera respuesta porque si el recurso afectara únicamente a los pronunciamientos sobre medidas adoptadas, se declarará la firmeza del pronunciamiento sobre la nulidad, separación o divorcio, dice el art. 774.5 LECivil.

4) ¿Qué ocurre en caso de matrimonio declarado nulo conforme a las normas del Derecho canónico? La Sentencia tendrá que convalidarse por el juez para que produzca efectos en el orden civil, como se deriva del art. 80 CC en relación con el 778 LEC.

¹⁹ En el mismo sentido el **Artículo 248 RRC/58**: Pasado un año desde la publicación de los edictos, de su dispensa o de las diligencias sustitutorias, sin que se efectúe el matrimonio, no podrá celebrarse éste sin nueva publicación, dispensa o diligencias.

5) ¿La existencia de un matrimonio celebrado conforme a rito, tradición o creencia religiosa no reconocidos por la legislación civil impide el matrimonio o la autorización del expediente previo? **No**, pues a efectos civiles no existe vínculo reconocido. En apartados anteriores ya hemos visto como tal posibilidad no se considera contraria al principio de igualdad y de no discriminación.

6) ¿Puede denegarse la autorización del expediente matrimonial cuando el instructor tenga dudas sobre la posible existencia de un vínculo anterior no fundadas en prueba alguna, sino por mera sospecha? **No**, pues el *ius connubii* no puede ser excluido sin un fundamento objetivo o prueba que justifique la negación de un derecho fundamental.

Las RR. de 27 de septiembre de 2000-1ª. R. 27 de septiembre de 2000-3ª dicen en este punto lo siguiente: "... VI. Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona no debe ser coartado, postergado o denegado mas que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad el matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aún en casos de duda, no poner traba a la celebración del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9-20 de octubre de 1993 "...ante la opción de autorizar un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa. Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. art. 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias de cada caso concreto...".

7) ¿Que sucede en caso de divorcio declarado por sentencia extranjera? ¿Se necesita *exequatur*?: la respuesta debe distinguir los siguientes supuestos ²⁰:

a) Sentencia extranjera que afecta a ciudadano español: se necesita *exequatur*. (R. 23 diciembre 1981 y 11 de abril de 1985).

b) Sentencia extranjera que afecta a matrimonio inscrito en el Registro Civil español aun cuando ambos cónyuges sean extranjeros: también se necesita *exequatur*. (R. 24 de febrero 2010).

c) Sentencia extranjera que afecta a ciudadano extranjero cuando no está inscrito el matrimonio en el Registro Civil español: no parece que sea preciso exigir el *exequatur* a los efectos de autorizar la tramitación del expediente matrimonial (R. de 17 de marzo de 1992).

8) ¿Qué ocurre en el caso de existir matrimonio anterior no inscrito en el Registro civil? Dado que el matrimonio existe desde su celebración y que la inscripción no es constitutiva, en tales casos existe el impedimento de vínculo anterior. Pueden plantearse dudas en el caso de tratarse de un matrimonio canónico aún no inscrito, aunque a mi juicio la solución debe de ser la misma dado el especial regimen reconocido al matrimonio canónico.

²⁰ No obstante, a la vista del art. 21 del Reglamento de Bruselas II Bis (2201/2003, de 27 de noviembre), este tema no parece estar del todo claro

9) Problemas específicos pueden plantear aquellos contrayentes extranjeros cuando su ley nacional reconoce determinadas formas y figuras jurídicas no admitidas en Derecho español, como, por ejemplo, la poligamia. En tales casos, ha de tenerse en cuenta que el contrayente extranjero también deberá probar en el expediente matrimonial que no está incurso en el impedimento de vínculo anterior, y tal impedimento debe ser considerado por el instructor a la luz de la ley española y al orden público español (art. 12.3 CC). Por tal motivo no cabría resolver favorablemente el expediente matrimonial ni tampoco aceptar la rogación inicial si tal circunstancia fuera conocida ya desde ese momento. (RR. 4 de julio 2001 y 22 septiembre 2000).

10) ¿Cabe instruir el expediente matrimonial en el caso de contrayentes que ya están casados válidamente entre sí pero quieren renovarlo con arreglo a la legislación española? No cabe celebrar un segundo matrimonio y no cabe el expediente, por tanto. (RDGRN 21 enero 2009).

2.4 Dispensa de los impedimentos matrimoniales.

Art. 48 CC (P): «El Juez podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, mediante resolución previa dictada en expediente de jurisdicción voluntaria, los impedimentos de muerte dolosa del cónyuge anterior y grado tercero entre colaterales. La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.»²¹

Este artículo suprime la competencia del Ministro de Justicia para dispensar el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior, que se atribuye al Juez. Aunque sea destacable esta modificación, sin embargo, la importancia del artículo es que suprime la posibilidad de dispensar la edad de dieciséis años para contraer matrimonio.

Aunque la edad mínima para contraer matrimonio no se altera, pues el artículo 46 CC, que no se modifica, dice que no pueden contraerlo los menores de edad no emancipados, es decir, quienes no tengan cumplidos los dieciséis años (Art.317 CC), lo cierto es que el requisito de la edad mínima se refuerza al desaparecer la posibilidad de dispensa que actualmente contempla el artículo 48 CC.

Este reforzamiento de la edad mínima adquiere especial importancia frente a prácticas que, siendo extrañas a nuestra tradición y contrarias a nuestros sistemas jurídicos, se ponen de manifiesto en la actualidad como resultado de la inmigración y globalización de la sociedad. Así sucede, por ejemplo, con los matrimonios concertados de menores de edad. Por otro lado, esta edad mínima es más acorde con lo que se estipula en otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno y con las recomendaciones de la ONU, pues si bien una edad inferior a los dieciséis años no tiene por qué plantear reticencias en cuanto a la madurez física del contrayentes, si que las plantea en cuanto a su madurez psíquica.

²¹ **Art. 48** (vigente): El Ministro de Justicia puede dispensar, a instancia de parte, el impedimento de muerte dolosa del cónyuge anterior.

El Juez de Primera Instancia podrá dispensar, con justa causa y a instancia de parte, los impedimentos del grado tercero entre colaterales y de edad a partir de los catorce años. En los expedientes de dispensa de edad deberán ser oídos el menor y sus padres o guardadores.

La dispensa ulterior convalida, desde su celebración, el matrimonio cuya nulidad no haya sido instada judicialmente por alguna de las partes.

A lo dicho cabe añadir que la posibilidad de dispensar la edad ya fue cuestión controvertida durante la tramitación parlamentaria de la Ley de 1981 que modificó el Código Civil, pues se planteó una enmienda al Proyecto para que no fuera dispensable, enmienda que, si bien no prosperó en aquel entonces, pone de manifiesto que ya no era cuestión pacífica hace más de treinta años.

2.5 Lugar y forma del matrimonio.

Art. 49 CC (P): “Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1º. En la forma regulada en este Código. 2º. En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración”.²²

Art. 50 (vigente): Si ambos contrayentes son extranjeros, podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos.

La redacción del art. 49 CC (P) suprime la referencia que el actual contiene a la autoridad o funcionario ante quien se celebra el matrimonio, pues tiene que ver con las modificaciones que se introducen en todo el articulado sobre el particular, y muy especialmente sobre el matrimonio ante Notario. El art. 50 CC no se ve modificado en el PLJV.

Con arreglo a estos dos artículos podemos distinguir los siguientes supuestos:

2.5.1 Matrimonios de españoles (o entre español y extranjero)

A. En España y conforme a la ley española.

Es el supuesto más frecuente. Sin perjuicio de que en otros apartados se estudian más detenidamente la forma y los requisitos de este matrimonio, cabe destacar ahora lo siguiente: (i) el oficiante ha de ser autoridad o funcionario español. (ii) Puede celebrarse en forma civil o en alguna de las formas religiosas legalmente previstas por la ley española. (iii) Debe tramitarse obligatoriamente el expediente matrimonial previo, salvo excepciones.

a) ¿Cabe que un español se case en España con la forma prevista por la ley nacional del otro contrayente extranjero? NO.

b) ¿Y en el caso de que el matrimonio se celebre fuera de España ante el Encargado del Registro Civil español? No. (RR. de 21 de septiembre de 1988, 28 de mayo de 2001 y 1 de junio de 2005).

c) ¿Cabe celebrar matrimonio en España cuando los dos contrayentes –español y extranjero, o los dos españoles- tienen su residencia en el extranjero? NO como norma

²² **Art. 49 (vigente):** “Cualquier español podrá contraer matrimonio dentro o fuera de España: 1.º Ante el Juez, Alcalde o funcionario señalado por este Código. 2.º En la forma religiosa legalmente prevista. También podrá contraer matrimonio fuera de España con arreglo a la forma establecida por la Ley del lugar de celebración”..

general, pues la competencia es atribuida por el CC al encargado del Registro Civil de España en el extranjero siempre que en el país donde radique el Consulado se permita la celebración consular de matrimonios en su territorio.

d) ¿Qué sucede si el matrimonio consular no es permitido? En tal caso será competente la autoridad española en quien delegue el Cónsul español. No cabe, sin embargo, la delegación del Cónsul por el mero hecho de que así lo soliciten los contrayentes cuando la legislación del Estado donde radique el Consulado permite la celebración consular del matrimonio. En igual sentido, GARCÍAMARTÍN ALFEREZ²³ opina que tal posibilidad debe admitirse restrictivamente, limitándola a los casos en que no sea posible la celebración del matrimonio consular.

B. En el extranjero y conforme a la ley española.

Se trata del matrimonio celebrado ante Cónsul o Encargado del Registro Civil de España en el extranjero. Es necesario que uno de los dos contrayentes (el español o el extranjero) tenga su domicilio en el lugar en el que radique el Consulado. Como dice GARCÍAMARTÍN ALFEREZ²⁴ esta forma sólo cabe si concurren los tres requisitos siguientes: (i) Que sea español uno de los contrayentes. (ii) Que al menos uno de los contrayentes resida en el extranjero, concretamente en el territorio que corresponda al consulado del que se trate. (iii) Que el Estado donde se encuentra el consulado permita los matrimonios ante cónsul extranjero.

C. En el extranjero y conforme a la ley del lugar de la celebración (*lex loci*).

En este caso resulta determinante el orden público español, debiendo rechazarse aquellos matrimonios que sean contrarios al mismo. Sin embargo, ello no impide que se admitan formas matrimoniales previstas en el lugar de celebración aunque sean desconocidas en España, siempre que no sean contrarias al citado criterio del orden público, por ejemplo: (i) La R, 23 de abril 1998 3ª declara inscribible un matrimonio consuetudinario guineano, que es una forma válida de celebración en ese Derecho. Lo declara inscribible por no oponerse al orden público por más que en este tipo de matrimonio puedan contraer otro con persona distinta y sin disolución del vínculo. (ii) Matrimonio consensual (R 2 de enero de 1998). (iii) Matrimonio ante Cónsul del país del otro contrayente, del que trató la R de 24 de febrero de 2001 (en este caso, el matrimonio entre ciudadano español y ciudadana cubana se celebraba ante Cónsul cubano en Alemania).

En cuanto al matrimonio celebrado en el extranjero en forma religiosa parece que la única forma posible es la canónica, pues las otras formas legalmente previstas en la ley española (evangélica, hebraica e islámica) se limitan a los matrimonios celebrados en territorio español, dado que los acuerdos firmados por España están circunscritos a su territorio nacional (Instrucción DGRN 20 febrero 1993).

2.5.2 Matrimonios de extranjeros.

A. En España

²³ GARCÍAMARTÍN ALFEREZ, J.J (que cita a J.C. Fernández Rozas y S.Sánchez Lorenzo). *Op.cit.* pag. 682 en BIBLIOGRAFÍA

²⁴ GARCÍAMARTÍN ALFEREZ, J.J. *Op.cit.* pag. 683 en BIBLIOGRAFÍA

Conforme dice el artículo 50 CC caben dos formas de celebración: (i) la forma prevista en el CC para los españoles. (ii) La forma prevista por la ley personal de cualquiera de los contrayentes.

a) Formas previstas en el CC: además de las formas religiosas legalmente previstas, el matrimonio puede celebrarse en forma civil. Al menos uno de los contrayentes ha de residir en España, pues será autoridad competente para autorizar el matrimonio y el expediente matrimonial la que corresponda al domicilio del contrayente (art. 57 CC y RDGRN 4 de mayo 1988). ¿Cabe en este caso el matrimonio ante Cónsul español cuando los dos contrayentes extranjeros no residen en España? Del artículo 50 CC parece deducirse que no, pues se refiere al matrimonio de extranjeros celebrado en España. Para casarse con arreglo a la ley española y ante Cónsul español, uno de los contrayentes ha de ser español.

En cuanto al expediente matrimonial hay que decir que se tramitará conforme a la reglas generales, aunque cabe observar alguna particularidad en materia de publicación de proclamas en el territorio extranjero²⁵.

b) Forma prevista por la ley personal de cualquiera de los contrayentes: la celebración puede llevarse a cabo en España, (i) bien ante autoridad consular correspondiente a la nacionalidad de cualquiera de los contrayentes, salvo que uno de ellos sea español, como se ha visto anteriormente (RDGRN 12 mayo 1969): (ii) bien ante autoridad religiosa que sea competente según la ley personal de cualquiera de los contrayentes (RDGRN 6 mayo 1982).

B. En el extranjero.

No está regulado este supuesto en la legislación española. GARCIAMARTÍN ALFÉREZ²⁶ entiende que debe aplicarse analógicamente el artículo 50 CC, de tal modo que cabe la forma de celebración local o de conformidad con la ley personal de cualquiera de los contrayentes.

En estos casos de matrimonios extranjeros se puede plantear la obligatoriedad de la inscripción en el Registro Civil español cuando uno de los cónyuges adquiere posteriormente la nacionalidad española, caso en el que habrá de acreditarse el cumplimiento de las condiciones para su inscripción. Es el caso de la R 21 abril 1998 1ª: el primer medio para la inscripción es la certificación expedida por la autoridad u funcionario del país de celebración (art. 256.3º RRC). Dicha certificación (en el caso de la Resolución el país era Corea) no puede considerarse título válido pues no acredita ni la fecha ni el lugar de la celebración, que son datos esenciales. ¿Qué hacer? A falta de otros medios de prueba documentales, el camino adecuado para inscribir el matrimonio es la tramitación del oportuno expediente, “en el que se acreditará debidamente la celebración del matrimonio y la inexistencia de impedimentos”(art. 257 RRC).

Igualmente, la necesidad de acreditar la inexistencia de impedimentos en el cónyuge nacionalizado conforme a la ley española se plantea en la R. 23 septiembre 2000, donde se pretendía inscribir en el Registro Civil el matrimonio celebrado en Marruecos entre el

²⁵ GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, J.J. pag.. 685. *Op.cit.* en BIBLIOGRAFÍA

²⁶ GARCIAMARTÍN ALFÉREZ, J.J. pag. 686. *Op.cit.* en BIBLIOGRAFÍA

marido, ahora nacionalizado español, y su esposa marroquí. Se da la circunstancia de que el marido había estado casado previamente y había repudiado a su esposa una primera vez y por ello revocable. Mientras que no se acreditaron las repudiaciones posteriores que, según el derecho musulmán, transforman el repudio en irrevocable y provocan la disolución del vínculo no fue posible la inscripción por existir impedimento de ligamen.

2.6 Oficiante del matrimonio.

Al igual que hizo la LRC/2011, el PLJV mantiene la supresión del matrimonio ante el Juez, pero, a diferencia de aquella, que sólo contemplaba como oficiante al Alcalde o Concejal en quien se delegara, el PLJV introduce varias posibilidades, entre ella la notarial.

Art. 51.2 CC (P). Será competente para celebrar el matrimonio: 1º. El Alcalde del municipio donde se celebre el matrimonio o concejal en quien éste delegue. 2º. El Notario libremente elegido por ambos contrayentes que tenga su residencia en el lugar de celebración. 3º. El Encargado del Registro Civil del lugar donde se celebre el matrimonio. 4º. El funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil en el extranjero.»

Art. 58.1 LRC (P) “1. El matrimonio en forma civil se celebrará ante Alcalde o Concejal en quien éste delegue, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil.

Por tanto, la competencia del oficiante se determina inicialmente por la tramitación del expediente matrimonial, de modo que, salvo elección de los contrayentes, se celebrará el matrimonio ante el Alcalde (o Concejal en quien este delegue) del Ayuntamiento de la localidad donde se haya tramitado el expediente matrimonial o acta notarial, o bien ante el Notario que hubiera autorizado el acta notarial o ante el Encargado del Registro Civil o funcionario competente que hubiera instruido el expediente previo (art. 51 párrafo primero CC [P]).

No obstante, el consentimiento también puede prestarse ante autoridad o funcionario que no hubieran tramitado el acta o expediente previos y que los contrayentes hubieran elegido. En este caso, la elección del oficiante por los contrayentes constará en la solicitud que inicia la tramitación del acta o expediente matrimonial, o bien se hará constar durante la tramitación del acta.

Art. 57 CC párrafo segundo (P): “...La prestación del consentimiento también podrá realizarse ante Alcalde, Concejal en quien hubiera delegado de otro Ayuntamiento, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario distinto del que hubiera tramitado el acta o expediente previo, a petición de los contrayentes.”

58. 8 LRC (P). Resuelta favorablemente el acta o expediente, el matrimonio se celebrará ante Alcalde o Concejal en quien éste delegue, Notario o Encargado del Registro Civil en la forma prevista en el Código Civil. La prestación del consentimiento también podrá realizarse ante Alcalde o Concejal de otro Ayuntamiento, Notario o Encargado del Registro Civil distinto del que hubiera tramitado el acta o expediente previo, a petición de los contrayentes.²⁷

²⁷ Esta posibilidad está actualmente contemplada en el RRC/1958: **Artículo 239:** “... si los interesados hubiesen solicitado que el Alcalde autorice el matrimonio, se celebrará el casamiento ante él, quien levantará acta con todos los requisitos exigidos en el Código Civil y en esta legislación y la remitirá inmediatamente al Registro de la localidad para su inscripción. **Artículo 250:** Cuando los contrayentes, en el escrito inicial o durante la tramitación del expediente, hayan solicitado que la prestación del

En el caso concreto del expediente matrimonial tramitado ante Notario, se contempla la posibilidad de elección en el nuevo art. 52 LN:

Art. 52. 2 LN. "...Cuando los contrayentes, en la solicitud inicial o durante la tramitación del acta, hayan solicitado que la prestación del consentimiento se realice ante Alcalde o Concejales en quien éste delegue, Encargado del Registro Civil u otro Notario, se remitirá copia del acta al oficiante elegido, el cual se limitará a celebrar el matrimonio y levantará acta u otorgará escritura pública, según proceda, con todos los requisitos legalmente exigido..."

Una precisión a destacar, que resulta de los artículos vistos, es que la libre elección del oficiante por los contrayentes no se ve limitada por razón del tipo de funcionario que haya sido instructor del expediente. Por tanto, el tipo de funcionario instructor del expediente (Secretario de Ayuntamiento, Notario, Encargado de Registro Civil) no condiciona el tipo de oficiante. O sea, que, tramitado el expediente mediante acta notarial, por ejemplo, el matrimonio podrá celebrarse ante Alcalde o Encargado del Registro Civil, y viceversa.

Para concluir este apartado conviene hacer una breve referencia a qué ocurre cuando el oficiante no es competente. La falta de competencia no afectará a la validez del matrimonio en los casos del artículo 53 CC [P], sin perjuicio de la responsabilidad disciplinaria que se le puede imputar al Notario autorizantes o al funcionario ante quien se hubiera celebrado. No obstante, esta regulación fundamentada en el *favor matrimonii* sólo desplegará sus efectos si al menos uno de los contrayentes hubiera procedido de buena y el oficiante hubiera ejercido su función públicamente.

Artículo 53 CC (P): «La validez del matrimonio no quedará afectada por la incompetencia o falta de nombramiento del Alcalde, Concejales, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario ante quien se celebre, siempre que al menos uno de los cónyuges hubiera procedido de buena fe y aquellos ejercieran sus funciones públicamente.»

Esta redacción es similar a la que actualmente está en vigor, retocándose el texto a los solos efectos de adaptarlo a los nuevos oficiantes.

Mientras que el art. 73 3º CC (P) declara nulo el matrimonio que "se contraiga sin la intervención del Alcalde o Concejales, Notario, Encargado del Registro Civil o funcionario ante quien deba celebrarse, o sin la de los testigos", el art. 53 CC se refiere a los casos en que sí interviene el oficiante pero resulta incompetente o adolece de falta de nombramiento legítimo.

No hay unanimidad en la Doctrina a la hora de determinar si este artículo se refiere sólo a la incompetencia territorial o si también comprende los casos de incompetencia funcional²⁸. Lo cierto es que la referencia que hace el artículo a la falta de competencia y a la falta de nombramiento legítimo comprenden suficientemente todos aquellos supuestos de falta de competencia, sea territorial o funcional, abarcando la falta de competencia territorial propiamente dicha, la falta de nombramiento legítimo del

consentimiento se realice, por delegación del instructor, ante otro Encargado de un Registro Civil, el expediente, una vez concluido por el instructor, se remitirá al Encargado elegido para la celebración, el cual se limitará a autorizar el matrimonio y a extender la inscripción en su Registro.

²⁸ Ver, por ejemplo: VENTURA VENTURA, José Manuel, pags. 378 y ss. DÍAZ MARTINEZ, Ana, pags. 698 y ss. PIG FERRIOL, Luis, pags.286 y ss. *Op. cit* en BIBLIOGRAFIA

oficiante, incluyendo, por ejemplo, casos de falta de toma de posesión, o de jubilación o de inhabilitación o suspensión de funciones por sanción. En este punto será necesario remitirse a la normativa que regula el estatuto de cada funcionario.

2.7 Contenido y forma del matrimonio.

Como se ha dicho anteriormente, la forma prevista para la celebración del matrimonio es solemne en el sentido de constitutiva, y el contenido mínimo esencial viene previsto expresamente en el Código Civil, cuya redacción no se ve alterada en el PLJV más que en la medida necesaria para incorporar las novedades en cuanto a los oficiantes.

Art. 58 CC [P]: “El Alcalde, Concejal, Notario, Encargado del registro Civil o funcionario, después de leídos los artículos 66, 67 y 68, preguntará a cada uno de los contrayentes si consiente en contraer matrimonio con el otro y si efectivamente lo contrae en dicho acto y, respondiendo ambos afirmativamente, declarará que los mismos quedan unidos en matrimonio y extenderá el acta o autorizará la escritura correspondiente”.

La forma documental del matrimonio dependerá de quien lo autorice, haciéndose constar, según los casos, en acta o escritura pública firmadas por el oficiante, los contrayentes y dos testigos. Concretamente, el matrimonio celebrado ante el Alcalde, Concejal o Encargado del Registro Civil se hará constar en acta, mientras que el celebrado ante Notario constará en escritura pública.

Art. 58.8 LRC párrafo segundo (P): El matrimonio celebrado ante Alcalde o Concejal en quien este delegue o ante el Encargado del Registro Civil se hará constar en acta; el que se celebre ante Notario constará en escritura pública. En ambos casos deberá ser firmada, además de por aquel ante el que se celebra, por los contrayentes y dos testigos.

Tratándose de matrimonio ante Notario hay que tener en cuenta la nueva regulación incorporada a la Ley del Notariado, concretamente:

Art. 52.1 LN (P): Si el acta fuera favorable a la celebración del matrimonio, éste se llevará a cabo ante el Notario que haya intervenido en la tramitación de aquélla mediante el otorgamiento de escritura pública en la que hará constar todas las circunstancias establecidas en la Ley del Registro Civil y su reglamento.

Como punto de partida, en la escritura pública que documenta el matrimonio hay que distinguir entre aquellos requisitos propios de todo instrumento público, puestos al servicio de la regularidad formal del negocio jurídico, que se regularán por lo previsto en la legislación notarial con carácter general, y aquellos otros propios del negocio jurídico de que se trate, que deberán ajustarse a la legislación sustantiva que los regule y cuyo control también corresponde al Notario, quien ejerce en cuanto funcionario público un control de legalidad o regularidad material del negocio.

Este doble control de legalidad material y formal se exige con carácter general en el artículo 24 LN y constituye la base de la presunción de legalidad, exactitud e integridad del instrumento público.

Dado que la legislación notarial regula detalladamente el contenido de las escrituras públicas y contiene una completa enumeración de circunstancias y juicios notariales, la escritura pública resulta singularmente idónea para recoger el consentimiento matrimonial sin necesidad de alterar su estructura actual. En cuanto al juicio de

capacidad para celebrar el matrimonio, parece que dicho juicio debe referirse a la capacidad para prestar aquí y ahora el consentimiento matrimonial pero no a la idoneidad de los contrayentes, la cual queda determinada por el instructor del expediente y vincula al oficiante. En este sentido, el art. 52.2 LN dice lo siguiente:

Art. 52.2 LN (P): “Cuando los contrayentes, en la solicitud inicial o durante la tramitación del acta, hayan solicitado que la prestación del consentimiento se realice ante Alcalde o Concejal en quien éste delegue, Encargado del Registro Civil u otro Notario, se remitirá copia del acta al oficiante elegido, el cual se limitará a celebrar el matrimonio y levantará acta u otorgará escritura pública, según proceda, con todos los requisitos legalmente exigidos.

2.8 Requisitos posteriores a la celebración.

Se refieren fundamentalmente a la entrega a los contrayentes de las copias autorizada de la escritura del matrimonio o de la certificación correspondiente, según quien sea el autorizante, y al impulso de oficio de la inscripción. No obstante, todo lo referente a la inscripción se verá en el apartado correspondiente.

Art. 62 CC párrafo segundo (P): “... Extendida el acta o autorizada la escritura pública, se remitirá por el autorizante copia acreditativa de la celebración del matrimonio al Registro Civil competente, para su inscripción, previa calificación por el Encargado del mismo”.

Art. 58.8 LRC, párrafo tercero: “...Extendida el acta o autorizada la escritura pública, se entregará a cada uno de los contrayentes copia acreditativa de la celebración del matrimonio y se remitirá por el autorizante, en el mismo día y por medios telemáticos, copia electrónica del documento al Registro Civil para su inscripción, previa calificación del Encargado del Registro Civil.

3. Matrimonio en forma religiosa.

3.1 Situación normativa actual

No se puede hablar en singular de una celebración religiosa del matrimonio por cuanto caben varias formas, como pone de manifiesto el artículo 60 CC (P), que es más detallado en su contenido que el actual texto e introduce una regulación general aplicable a la celebración del matrimonio en forma religiosa, regulación que tiene su importancia como veremos y de la que hasta ahora se carecía en el Derecho español.

Artículo 60 CC (P)²⁹: «1. El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de otras formas religiosas previstas en los acuerdos de cooperación entre el Estado y las confesiones religiosas produce efectos civiles.

2. Igualmente, se reconocen efectos civiles al matrimonio celebrado en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España.

En este supuesto, el reconocimiento de efectos civiles requerirá el cumplimiento de los siguientes requisitos:

a) La tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial con arreglo a la normativa del Registro Civil.

²⁹ **Art. 60 CC (vigente):** El matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico o en cualquiera de las formas religiosas previstas en el artículo anterior produce efectos civiles. Para el pleno reconocimiento de los mismos se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente

b) La libre manifestación del consentimiento ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos mayores de edad.

La condición de ministro de culto será acreditada mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que, en su caso, hubiere solicitado dicho reconocimiento.

3. Para el pleno reconocimiento de los efectos civiles del matrimonio celebrado en forma religiosa se estará a lo dispuesto en el capítulo siguiente.»

El contenido del art. 60 CC (P) permitirá en la práctica un mayor número de formas religiosas en la celebración del matrimonio de acuerdo con lo previsto en el artículo 59 CC, que no se ve modificado en el PLJV. Según este último artículo cabe el matrimonio religioso celebrado en la forma prevista (i) por una confesión religiosa inscrita en los términos acordados con el Estado, (ii) o, en su defecto, autorizados por la legislación de este. También cabe el matrimonio celebrado con arreglo a las normas del Derecho canónico. Sin embargo, lo cierto es que hasta el día de la fecha no se ha legislado en nuestro Derecho sobre los requisitos exigibles para este tipo de matrimonios religiosos de confesiones o comunidades que no han acordado con el Estado los términos de estos matrimonios.

Prescindiendo de momento del matrimonio canónico, cabe decir que para que se le reconozca efectos civiles al matrimonio celebrado en forma religiosa se exigen los siguientes requisitos:

a) Inexcusablemente, la inscripción de las confesiones religiosas, iglesias, comunidades religiosas o federaciones de las mismas en el Registro de Entidades Religiosas del Ministerio de Justicia. Sin dicha inscripción no tendrá reconocida personalidad jurídica, como dice el artículo 5 LOLR: “Las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas y sus Federaciones gozarán de personalidad jurídica una vez inscritas en el correspondiente Registro público, que se crea, a tal efecto, en el Ministerio de Justicia”. Además, la forma de acreditar dicha personalidad jurídica será la certificación expedida por el citado Registro. En este sentido, la D.T Primera de la Ley dispone que “El Estado reconoce la personalidad jurídica y la plena capacidad de obrar de las Entidades religiosas que gocen de ella en la fecha de entrada en vigor de la presente Ley. Transcurridos tres años sólo podrán justificar su personalidad jurídica mediante la certificación de su inscripción en el Registro a que esta Ley se refiere”.

b) Que la confesión religiosa hubiera celebrado un acuerdo con el estado español en el que se hayan fijado los términos relativos a la celebración del matrimonio. Actualmente son tres los acuerdos que se han celebrado y recogido en tres leyes sucesivas de igual fecha, con base en la previsión establecida en el artículo séptimo de la LOLR³⁰: (i) Ley 24/1992, de 10 de noviembre, sobre acuerdo con la Federación de Entidades Religiosas Evangélicas de España. (ii) Ley 25/1992, de 10 de noviembre, sobre acuerdo con la Federación de Comunidades Israelitas de España (en el PLJV se

³⁰ Artículo séptimo.

Uno. El Estado, teniendo en cuenta las creencias religiosas existentes en la sociedad española, establecerá, en su caso, Acuerdos o Convenios de cooperación con las Iglesias, Confesiones y Comunidades religiosas inscritas en el Registro que por su ámbito y número de creyentes hayan alcanzado notorio arraigo en España. En todo caso, estos Acuerdos se aprobarán por Ley de las Cortes Generales. Dos. En los Acuerdos o Convenios, y respetando siempre el principio de igualdad, se podrá extender a dichas Iglesias, Confesiones y Comunidades los beneficios fiscales previstos en el ordenamiento jurídico general para las Entidades sin fin de lucro y demás de carácter benéfico.

pasan a denominar Federación de Comunidades Judías de España). (iii) Ley 26/1992, de 10 de noviembre, sobre acuerdos con la Comisión Islámica de España. Estos tres textos legales también son objeto de modificación unilateral en el PLJV, posibilidad admitida en los respectivos artículos siete de las tres leyes que, en su último párrafo, establecen que, previa audiencia de la Federación firmante “las normas de este artículo relativas al procedimiento para hacer efectivo el derecho que en el mismo se establece, se ajustarán a las modificaciones que en el futuro se produzcan en la legislación del Registro Civil...”.

c) Puede ocurrir que la confesión de que se trate esté inscrita pero no haya celebrado acuerdo alguno con el estado relativo a su forma religiosa de matrimonio, caso en el que se debe celebrar entonces en los términos acordados por el Estado, según dice el art. 59 CC. Sin embargo, como ya ha quedado dicho, hasta el día de la fecha no se ha legislado sobre este particular, por lo que, aparte del matrimonio católico, sólo son reconocidas las formas evangélica, judía e islámica, dado que el resto carecen de regulación.

La regulación que introduce el PLJV en el art. 58 bis LRC colmará la laguna existente y posibilitará que se puedan celebrar matrimonios en otras formas religiosas aun cuando no existan acuerdos con el Estado siempre que las entidades religiosas en cuestión “...hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España...”.

3.2 El matrimonio en forma religiosa según el PLJV

Como se acaba de decir, la regulación prevista en el PLJV es más completa y permitirá más formas religiosas de celebración del matrimonio, pues el art. 58 bis, número 2 (P) determina con carácter general el procedimiento a seguir en estos matrimonios en forma religiosa.

En términos generales, se trata de un régimen similar al de los matrimonios religiosos de aquellas confesiones que tienen acuerdos con el Estado, que también son objeto de modificación parcial en el PLJV por las facultades unilaterales que en las respectivas leyes se reconoce al Estado español.

Art. 58 bis apartados 1 y 2 LRC (P):

1. Para la celebración del matrimonio en la forma religiosa prevista en el Acuerdo entre el Estado español y la Santa Sede sobre Asuntos Jurídicos y en los Acuerdos de cooperación del Estado con las confesiones religiosas se estará a lo dispuesto en los mismos.
2. En los supuestos de celebración del matrimonio en la forma religiosa prevista por las iglesias, confesiones, comunidades religiosas o federaciones de las mismas que, inscritas en el Registro de Entidades Religiosas, hayan obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, requerirán la tramitación de un acta o expediente previo de capacidad matrimonial conforme al artículo anterior. Cumplido este trámite, el Notario, Secretario del Ayuntamiento, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular Encargado del Registro Civil que haya intervenido expedirá dos copias del acta o resolución, que incluirá, en su caso, juicio notarial acreditativo de la capacidad matrimonial de los contrayentes, que éstos deberán entregar al ministro de culto encargado de la celebración del matrimonio.

3.2.1 Matrimonios en forma religiosa no canónica.

El PLJV regula esta materia en los artículos 60 CC, 58 bis LRC y modifica parcialmente los artículos 7 de las Leyes 24, 25 y 26 de 10 de noviembre de 1992. Con arreglo a todo ellos se pueden destacar los siguientes aspectos:

A. Expediente matrimonial.

Es obligatorio en todos estos matrimonios la tramitación, con carácter previo a la celebración del matrimonio, del expediente matrimonial que incorpore el juicio de capacidad para contraer matrimonio. Lo deben promover los contrayentes y se tramitará en la forma prevista por la legislación del Registro Civil (art. 58.2 LRC [P]). Por tanto, en cuanto a quiénes pueden instruirlo y a sus trámites e incidencias habrá que estar a lo dicho para la regulación del expediente matrimonial. Concluido el expediente o acta matrimonial, el instructor (Notario, Secretario de Ayuntamiento, Encargado del registro Civil o funcionario diplomático o consular encargado del Registro Civil) expedirá dos copias del acta o resolución, que incluirán el juicio de capacidad para contraer matrimonio, Las dos copias se entregarán por los contrayentes al ministro del culto encargado de la celebración, quien, celebrado el matrimonio, extenderá en ambas copias diligencia expresiva de haberse celebrado el matrimonio, entregando una copia a los contrayentes y conservando la otra, como acta de celebración, en su archivo o en el de la entidad religiosa correspondiente³¹.

B. Consentimiento matrimonial

El consentimiento libremente prestado se manifestará ante un ministro de culto debidamente acreditado y dos testigos. Este consentimiento deberá prestarse antes de que hayan transcurrido seis meses desde la fecha del acta que contenga el juicio de capacidad matrimonial o desde la fecha de la resolución correspondiente.

Tienen la consideración de ministros de culto “las personas físicas dedicadas, con carácter estable, a las funciones de culto o asistencia religiosa y que acrediten el cumplimiento de estos requisitos mediante certificación expedida por la iglesia, confesión o comunidad religiosa que haya obtenido el reconocimiento de notorio arraigo en España, con la conformidad de la federación que en su caso hubiera solicitado dicho reconocimiento (art. 58 bis LRC [P]).

En el caso de los acuerdos concretos celebrados por el Estado, habrá que estar a lo que se disponga en ellos en cuanto a la competencia para celebrar el matrimonio³². En cualquier caso el matrimonio ha de celebrarse en presencia de dos testigos y un oficiante debidamente acreditado.

C. Requisitos posteriores a la celebración

Establece el art. 58 bis número 2 párrafo tercero LRC (P) lo siguiente:

“...Una vez celebrado el matrimonio, el oficiante extenderá certificación expresiva de la celebración del mismo, con los requisitos necesarios para su inscripción y las menciones de identidad de los testigos y de las circunstancias del expediente o acta previa que necesariamente incluirán el nombre y apellidos del Notario, Secretario del Ayuntamiento, Encargado del Registro Civil o funcionario diplomático o consular que la hubiera extendido, la fecha y número

³¹ Parece un error la referencia que hace al “juicio notarial” de capacidad, pues lo lógico es que el juicio corresponda al instructor que trámite el expediente.

³² Los arts. 7 de la Leyes 24 y 25/1992 (matrimonio evangélico y judío) hablan de los ministros de culto, mientras que la Ley 26/1992 habla (art. 7 en rel. con el art. 3) de dirigentes religiosos islámicos e Imanes de las Comunidades Islámicas.

de protocolo en su caso. Esta certificación se remitirá por medios electrónicos, en la forma que reglamentariamente se determine, junto con la certificación acreditativa de la condición de ministro de culto, dentro del plazo de cinco días al Encargado del Registro Civil competente para su inscripción...”.

En iguales términos se pronuncian los respectivos artículos 7 de las citadas leyes 24, 25 y 26, de 10 de noviembre.

3.2.2 Matrimonio celebrado conforme al Derecho Canónico.

En los acuerdos celebrados entre el Estado español y la Santa Sede sobre asuntos jurídicos, firmado el 3 de enero de 1979 (cuyo Instrumento de ratificación se publicó en el BOE de fecha 15 de diciembre de 1979) se establece en su artículo VI lo siguiente:

“1) El estado reconoce los efectos civiles al matrimonio celebrado según las normas del Derecho canónico. Los efectos civiles del matrimonio canónico se producen desde su celebración. Para el pleno reconocimiento de los mismos, será necesaria la inscripción en el Registro civil, que se practicara con la simple presentación de certificación eclesiástica de la existencia del matrimonio. 2) Los contrayentes, a tenor de las disposiciones del derecho canónico, podrán acudir a los tribunales eclesiásticos solicitando declaración de nulidad o pedir decisión pontificia sobre matrimonio rato y no consumado. a solicitud de cualquiera de las partes, dichas resoluciones eclesiásticas tendrán eficacia en el orden civil y se declaran ajustadas al derecho del estado en resolución dictada por el tribunal civil competente...”.

La celebración del matrimonio canónico no exige tramitación de expediente matrimonial, ni previo ni posterior al mismo, viéndose facilitada la inscripción pues bastará con la certificación eclesiástica de su existencia. El Código de Derecho canónico ofrece una regulación completa sobre el matrimonio (cánones 1055 y siguientes). Esta regulación es la aplicable a este tipo de matrimonio, cuya tramitación presenta analogías con la prevista en la legislación civil, lo que no es de extrañar si tenemos en cuenta lo dicho en la primera parte de este trabajo sobre la influencia cristiana a lo largo de los siglos.

Hay que precisar que la remisión que se hace al Derecho canónico se limita a la forma de celebración del matrimonio pero no se extiende a los efectos civiles del mismo, pues no se trata de un matrimonio distinto al único matrimonio contemplado por la ley española, no obstante la diversidad de formas. Lo mismo cabe decir de la competencia jurisdiccional en la materia, pues una cosa es que se reconozca eficacia en el orden civil a las resoluciones dictadas por la jurisdicción eclesiástica, siempre que se declaren ajustadas al Derecho del Estado en resolución dictada por el Juez civil (art. 80 CC), y otra bien distinta es que se trate de una competencia eclesiástica excluyente de la civil. Por tanto, desde el punto de vista civil, cabe que los contrayentes del matrimonio con arreglo al Derecho canónico puedan ejercitar las acciones de nulidad, separación o divorcio ante el Juez civil que corresponda.

En cuanto a la naturaleza jurídica de estos acuerdos entre el Estado español y la Santa Sede hay que decir que estamos en presencia de un tratado internacional, y así lo afirma la STC 66/1982 de 12 de noviembre, y de ahí que les resulte aplicable lo dispuesto en los artículos 93 y siguientes de la Constitución española y que no puedan ser modificados por una ley ordinaria como es el caso del PLJV. El art. 96 CE dice en este sentido que “los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, forman parte del ordenamiento interno. Sus

disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho Internacional”.

3.2.3 Efectos de los matrimonios celebrados en forma religiosa.

No hay diferencias respecto del matrimonio civil. Por tanto, el matrimonio celebrado en forma religiosa produce efectos civiles desde su celebración aunque para el pleno reconocimiento de los mismos sea necesaria la inscripción en el Registro Civil, según dice el artículo 61 CC.

4. Formas extraordinarias de celebración.

Dentro de este epígrafe se contemplan el matrimonio celebrado en peligro de muerte, el matrimonio que se celebra por poder y el matrimonio secreto. La nota común a todos ellos es la concurrencia de circunstancias que alteran el desenvolvimiento normalmente previsto para la celebración del matrimonio.

4.1 Matrimonio celebrado en peligro de muerte.

Las diferencias fundamentales radican en quiénes pueden autorizarlo y en la no tramitación previa del expediente matrimonial, lo que resulta lógico dada la urgencia o circunstancias excepcionales en que puede tener lugar la celebración.

Pueden autorizar este matrimonio las siguientes autoridades y funcionarios (art. 52 CC [P]): 1º. El Alcalde, Concejal en quien delegue, Notario, Encargado del registro Civil o funcionario a que se refiere el artículo 51. 2º. El Oficial o Jefe superior inmediato respecto de los militares en campaña. 3º. El Capitán o Comandante respecto de los matrimonios que se celebren a bordo de nave o aeronave.

En cuanto a la tramitación previa del expediente matrimonial, sigue diciendo el artículo, que “...El matrimonio en peligro de muerte no requerirá para su celebración la previa tramitación del acta matrimonial, pero sí la presencia, en su celebración, de dos testigos mayores de edad y, cuando el peligro de muerte derive de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes, dictamen médico sobre su capacidad para la prestación del consentimiento y la gravedad de la situación, salvo imposibilidad acreditada, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 65”.

Respecto de la regulación actualmente vigente destaca el reforzamiento de garantías a la hora de prestar el consentimiento matrimonial con la exigencia del dictamen médico, como regla general, cuando el peligro de muerte deriva de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes. En el vigente artículo 52 CC no se exige el dictamen médico.

La no exigencia de la tramitación previa del expediente matrimonial no supone dispensa del mismo sino su posposición a la celebración del matrimonio, como se deduce de la remisión que hace al art. 65, según el cual hay que distinguir entre aquellos matrimonios celebrados sin previo expediente ante Notario, Encargado de Registro Civil o funcionario que lo haya celebrado, y el matrimonio celebrado ante autoridad o persona distinta de las indicadas:

a) En el primer caso, el Notario, Encargado de Registro Civil o funcionario que lo haya celebrado, “antes de realizar las actuaciones que procedan para su inscripción, deberá comprobar si concurren los requisitos legales para su validez, mediante acta o expediente. El acta o expediente a realizar debe ser el previsto en la LRC, como resulta del art. 58 LRC (P).

b) En el segundo de los casos (autoridad o persona de las anteriores) “el acta de aquélla se remitirá al Colegio Notarial del lugar para que se proceda por el Notario que se designe a la comprobación de los requisitos de validez, mediante el acta correspondiente”. Una vez efectuada la comprobación, “el Notario remitirá telemáticamente copia del acta autorizada al efecto que incluirá necesariamente copia del acta de celebración al Encargado del Registro Civil para su inscripción” (art. 58.10 parr. segundo LRC [P]). No obstante, dicha comprobación de validez también puede hacerla directamente el Encargado del Registro Civil donde deba inscribirse el matrimonio si se le remite directamente el acta matrimonial (art. 65 parr. segundo CC [P]).

En el caso concreto del matrimonio en peligro de muerte ante Notario, éste “otorgará (sic) escritura pública donde se recoja la prestación del consentimiento matrimonial, previo dictamen médico sobre su aptitud para prestar éste y sobre la gravedad de la situación cuando el riesgo se derive de enfermedad o estado físico de alguno de los contrayentes, salvo imposibilidad acreditada. Con posterioridad, el Notario procederá a la tramitación del acta de comprobación de los requisitos de validez del matrimonio” (art. 52 LN [P]).

4.2 Matrimonio por poder

El texto actual del artículo. 55 CC permite la celebración del matrimonio por poder siempre que se autorice en el expediente matrimonial cuando uno de los contrayentes no resida en el lugar de la celebración. Sin embargo, la redacción del PLJV reconoce tal posibilidad sin necesidad de autorización y sin exigir tampoco la no residencia en el lugar de la celebración. Sí es necesario, sin embargo, que el instructor del expediente aprecie la validez del poder, a cuyo fin se debe aportar al expediente matrimonial, como dispone el art. 58.3 LRC (P): “... Si uno de los contrayentes fuera a contraer matrimonio representado por apoderado deberá aportarse el poder especial otorgado en forma auténtica en el que deberá estar determinada la persona con la que ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad”. En el mismo sentido, el art. 55.2 CC (P) dispone que “...En el poder se determinará la persona con quien ha de celebrarse el matrimonio, con expresión de las circunstancias personales precisas para establecer su identidad, debiendo apreciar su validez el Notario o funcionario que tramite el acta previa al matrimonio.

La Instrucción DGRN DE 9 enero 1995 ha dicho refiriéndose al art. 55 CC que la especialidad del matrimonio por poder “...se refiere exclusivamente al momento final de la autorización del matrimonio, de modo que en lo demás el expediente previo ha de tramitarse de acuerdo con las reglas generales indicadas, entre ellas, como es obvio, la audiencia personal y reservada del poderdante sobre la que toda insistencia es poca...”..

En todo caso, si es imprescindible la presencia personal de uno de los dos contrayentes en el acto de la celebración, según exige el art. 55.1 CC (P): “Uno de los contrayentes podrá contraer matrimonio por apoderado, a quien tendrá que haber concedido poder especial en forma auténtica, siendo siempre necesaria la asistencia personal del otro contrayente”.

En cuanto a la revocación del poder, el art. 55.3 CC (P) dice que “... El poder se extinguirá por la revocación del poderdante, por la renuncia del apoderado o por la muerte de cualquiera de ellos. En caso de revocación por el poderdante bastará su manifestación en forma auténtica antes de la celebración del matrimonio. La revocación se notificará de inmediato al Notario o funcionario que tramite el acta previa al matrimonio, y si ya estuviera finalizado a quien vaya a celebrarlo”.

4.3 Matrimonio secreto

El matrimonio secreto es aquel en el que se tramita reservadamente el expediente matrimonial sin publicación de edictos y proclamas. Esta dispensa de publicación tiene que estar fundada en causa grave suficientemente probada y previa autorización del Ministro de Justicia (art. 54 CC).

El art. 58.11 LRC (P) nuevamente hace hincapié en la tramitación reservada del expediente y se remite para el régimen de publicidad a los previsto en los artículos 83 y 84 LRC/2011.

Art. 58.11 LRC (P): Si se tratará de la celebración del matrimonio secreto a que se refiere el artículo 54 del Código Civil, su tramitación se realizará de manera reservada y su inscripción se someterá al régimen de publicidad restringida previsto en los artículos 83 y 84 de la presente Ley.

5. Inscripción del matrimonio.

5.1 Inscripción obligatoria, no constitutiva.

El artículo 61 del CC dice en su párrafo primero que “el matrimonio produce efectos civiles desde su celebración”, y añade en el párrafo segundo que “para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil”. En igual sentido se pronuncia el artículo 60 CC (P) para los matrimonios celebrados en alguna de las formas religiosas posibles, como ya hemos visto al hablar del matrimonio en forma religiosa.

Lo dispuesto en el art. 61 CC se ha interpretado tanto por la doctrina generalizada, como por los Tribunales y la DGRN en el sentido de que la inscripción del matrimonio no es constitutiva de sus efectos, que nacen desde el momento de la celebración, sin perjuicio de que el pleno reconocimiento de los mismos exige la inscripción en el Registro Civil, circunstancia ésta que posteriormente se comentará.

Siguiendo a DIEZ DEL CORRAL³³, pueden señalarse las siguientes consecuencias:

³³ Ver DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús. Pags.300 y ss. *Op. cit.* en BIBLIOGRAFÍA

a) El matrimonio produce efectos en todos los ámbitos (civil, penal, administrativo, etc) desde su celebración. Lo dicho incide directamente en la tramitación del expediente matrimonial, pues quienes hayan celebrado anterior matrimonio estarán incurso en la prohibición contenida en el artículo 46.2 CC, esté o no inscrito el matrimonio primero. También tiene incidencia en otros ámbitos como se ha puesto reiteradamente de manifiesto en fallos jurisprudenciales relativos a pensión de viudedad, seguros, etc³⁴.

b) El matrimonio no inscrito es válido y eficaz en las relaciones personales y patrimoniales entre los cónyuges y en las relaciones paternofiliales.

c) La inscripción no tiene carácter “constitutivo ni cuasiconstitutivo, sino que es declarativa y necesaria u obligatoria”.

d) Por tanto, decir que la inscripción no es constitutiva supone que la existencia del matrimonio y sus efectos no dependen de la inscripción, sin perjuicio de los límites derivados de la protección a los terceros de buena fe.

Respecto de los terceros conviene distinguir, primeramente, entre los que conocen la existencia del matrimonio, a quienes sí les afecta su existencia aunque no se haya inscrito, y quienes lo desconocían. Respecto de estos últimos hay que distinguir entre los efectos personales del matrimonio y las consecuencias patrimoniales que del mismo se derivan. Los efectos personales del matrimonio se producen entre los cónyuges y sus descendientes, esté o no inscrito el matrimonio. Por este motivo, el segundo matrimonio contraído por quien está ligado por un vínculo anterior no inscrito es nulo hayan o no actuado de buena fe los contrayentes. En este caso, sin embargo, los efectos personales que se deriven para los hijos del segundo matrimonio no se verán afectados por dicha nulidad. Lo que no son oponibles a terceros de buena fe son las consecuencias patrimoniales que se deriven del matrimonio y les perjudiquen. Similar criterio es el que utiliza el art. 1333 CC para las capitulaciones matrimoniales.

e) Por otro lado, la inscripción constituye la prueba oficial del matrimonio celebrado y del subsiguiente estado civil, como resulta del art. 327 CC y de la legislación del Registro Civil. Por tanto, el resto de medios de prueba para acreditar la existencia de un matrimonio son subsidiarios y solo cabe su empleo cuando no existan las actas del registro Civil.

f) Por ser obligatoria la inscripción registral, no cabe pacto lícito que la excluya, pues es materia indisponible para los contrayentes, dado el interés general que hay en el matrimonio

5.2 Refuerzo del carácter obligatorio de la inscripción

El carácter obligatorio de la inscripción se refuerza en el PLJV, pues los oficiantes o autorizantes del matrimonio están obligados a impulsarla de oficio. El art. 71 LRC/57 establecía la obligación de los contrayentes del matrimonio canónico de promover la

³⁴ Ver en este sentido: STC 15 de noviembre de 2004 (p.744), STS 15 de diciembre de 2004 (p. 745), STSJ Andalucía 14 de abril de 2011, STSJ Castilla y León (Burgos), sala de lo social, de 8 de julio de 2009, STSJ de Aragón, sala de lo social, de 7 de febrero de 2011, etc.

inscripción, ni tampoco el art. 59 LRC/2011³⁵. El criterio seguido en el PLJV es distinto:

Art. 62 párrafo segundo CC (P). “...Extendida el acta o autorizada la escritura pública, se remitirá por el autorizante copia acreditativa de la celebración del matrimonio al Registro Civil competente, para su inscripción, previa calificación por el Encargado del mismo”.

Art. 58.8 párrafo segundo (P): “... Extendida el acta o autorizada la escritura pública, se entregará a cada uno de los contrayentes copia acreditativa de la celebración del matrimonio y se emitirá por el autorizante, en el mismo día y por medios telemáticos, copia electrónica del documento al Registro Civil para su inscripción, previa calificación del encargado del Registro Civil”.

5.3 Lugar de la inscripción.

La inscripción del matrimonio se practicará en los registros individuales de cada contrayente, dice el art. 59.1 LRC (P). Hay que poner en conexión este párrafo con la modificación introducida por la LRC/2011 en la organización del nuevo Registro Civil, pues, como destaca la E.M de la Ley, el nuevo Registro Civil se organiza por `personas, abriéndose un registro individual para cada una y suprimiendo la tradicional distribución en secciones: nacimientos, matrimonios, defunciones, tutelas y representaciones legales³⁶.

5.4 Título inscribible.

El título inscribible dependerá de la autoridad o funcionario autorizante. El art. 62 CC (P), ya visto, habla de acta o escritura pública. En el caso del matrimonio notarial, el número 1ª del art. 49 LN dice:

Artículo 49 LN: Los Notarios intervendrán en los expedientes especiales autorizando actas o escrituras públicas:1º. Cuando el expediente tenga por objeto la declaración de voluntad de

³⁵ **Art. 62 CC (vigente):** El Juez, Alcalde o funcionario ante quien se celebre el matrimonio extenderá, inmediatamente después de celebrado, la inscripción o el acta correspondiente con su firma y la de los contrayentes y testigos.

Asimismo, practicada la inscripción o extendida el acta, el Juez, Alcalde o funcionario entregará a cada uno de los contrayentes documento acreditativo de la celebración del matrimonio.

Art. 59 LRC/2011 *Inscripción del matrimonio.*

1. El matrimonio autorizado y celebrado según el procedimiento previsto en el artículo anterior se inscribirá en los registros individuales de los contrayentes.
2. El matrimonio celebrado ante autoridad extranjera accederá al Registro Civil español mediante la inscripción de la certificación correspondiente, siempre que tenga eficacia con arreglo a lo previsto en la presente Ley.
3. El matrimonio celebrado en España en forma religiosa accederá al Registro Civil mediante la inscripción de la certificación de la Iglesia o Confesión respectiva conforme a lo previsto en el artículo 63 del Código Civil.
4. La inscripción hace fe del matrimonio y de la fecha y lugar en que se contrae.

³⁶ **Art. 5 LRC/2011:** Artículo 5. *Registro individual.*

1. Cada persona tendrá un registro individual en el que constarán los hechos y actos relativos a la identidad, estado civil y demás circunstancias en los términos de la presente Ley.
2. El registro individual se abrirá con la inscripción de nacimiento o con el primer asiento que se practique.
3. En dicho registro se inscribirán o anotarán, continuada, sucesiva y cronológicamente, todos los hechos y actos que tengan acceso al Registro Civil.

quien lo inste o la realización de un acto jurídico que implique prestación de consentimiento, el Notario autorizará una escritura pública...”.

El tipo de título inscribible, que depende del funcionario o autoridad que oficia el matrimonio, queda detallado en los siguientes artículos del PLJV:

Art. 63 CC (P).

«La inscripción del matrimonio celebrado en España en forma religiosa se practicará con la simple presentación de la certificación de la iglesia, o confesión, comunidad religiosa o federación respectiva, que habrá de expresar las circunstancias exigidas por la legislación del Registro Civil.

Se denegará la práctica del asiento cuando de los documentos presentados o de los asientos del Registro conste que el matrimonio no reúne los requisitos que para su validez se exigen en este título.»

Art. 59 LRC (P)

«1. El matrimonio cuyos requisitos se hayan constatado y celebrado según el procedimiento previsto en el artículo 58 se inscribirá en los registros individuales de los contrayentes.

2. El matrimonio celebrado ante autoridad extranjera accederá al Registro Civil español mediante la inscripción de la certificación correspondiente, siempre que tenga eficacia con arreglo a lo previsto en la presente Ley.

3. El matrimonio celebrado en España en forma religiosa accederá al Registro Civil mediante la inscripción de la certificación emitida por el ministro de culto, conforme a lo previsto en el artículo 63 del Código Civil.

4. Practicada la inscripción, el Encargado del Registro Civil pondrá a disposición de cada uno de los contrayentes certificación de la inscripción del matrimonio.

5. La inscripción hace fe del matrimonio y de la fecha y lugar en que se contrae y produce el pleno reconocimiento de los efectos civiles del mismo frente a terceros de buena fe.»

5.4 Calificación registral.

El alcance de la calificación del título por el Encargado del registro Civil, que es previa a su inscripción, resulta del art. 59.1 LRC (P): la calificación ha de constatar que del título presentado resulta que se han cumplido los requisitos y se ha seguido el procedimiento previsto en el art. 58 LRC (P) para la celebración del matrimonio. Es decir, ha de constatar el funcionario autorizante, la prestación del consentimiento matrimonial por los contrayentes y la declaración de que se ha resuelto favorablemente el expediente matrimonial previo. También debe comprobar la idoneidad del título presentado (acta o escritura) según quien sea el oficiante.

Si el matrimonio se celebrara el Encargado del Registro Civil que ha tramitado el expediente matrimonial y que debe inscribir el matrimonio, parece lógico aplicar un criterio similar al que recoge actualmente el art. 255 RRC/58

Artículo 255. Si el matrimonio se ha celebrado en las oficinas del propio Registro, como resultado del expediente previo, el acta del matrimonio será la propia inscripción, que se extenderá haciendo constar todas las circunstancias establecidas en la Ley del Registro Civil y su Reglamento, y sin mención del cumplimiento de las diligencias prevenidas para la celebración.

El párrafo 4 del art. 59 LRC (P) mejora la redacción de la LRC/2011. Mientras que el art. 75 LRC/57 establece que, celebrado el matrimonio, el Encargado del Registro Civil “entregará a los contrayentes, inmediatamente, un ejemplar del Libro de Familia en el que conste, con valor de certificación, la realidad del matrimonio”, el art. 59 LRC/2011 nada dice sobre el particular, aunque en su DT tercera elimina el tradicional

Libro de Familia³⁷. Para colmar esta laguna legal, el citado párrafo 4 dispone que “...el Encargado del Registro Civil pondrá a disposición de cada uno de los contrayentes certificación de la inscripción del matrimonio”. Parece que será suficiente que se expida una certificación en extracto según lo previsto en el art. 82 LRC/2011³⁸.

6. Inscripción del régimen económico matrimonial.

La constancia registral del régimen económico matrimonial cuando se inscribe el matrimonio sólo tiene lugar en la actualidad cuando los contrayentes han otorgado capitulaciones prenupciales pactando un régimen económico distinto al que se aplica supletoriamente en defecto de pacto (en el CC el régimen de la sociedad de gananciales, art. 1361). Por tanto, si nada se pacta sobre el régimen económico, se aplica el que legalmente se establece como supletorio y nada consta al respecto en el Registro Civil. En estos casos se entiende que la presunción legal excusa cualquier publicidad registral del régimen económico matrimonial.

La constancia coetánea con la inscripción del matrimonio tiene lugar mediante la presentación de las capitulaciones prenupciales otorgadas por los contrayentes en los términos contemplados por el art. 1326 CC. Estas capitulaciones prematrimoniales caducarán si en el plazo de un año desde su autorización no se celebra el matrimonio, dice el art. 1334 CC. Una vez celebrado, los cónyuges deben presentarlas para su constancia en el Registro Civil al tiempo de la inscripción del matrimonio. Una vez inscritas, los contrayentes están obligados, conforme al art. 256 RRC/1958, a facilitar los datos de la inscripción al Notario autorizante para que deje constancia de los mismos en la matriz: “...si el matrimonio no se hubiera celebrado aún, los otorgantes están obligados a acreditar, en su caso, esos datos al Notario por medio de certificación del matrimonio o de exhibición del Libro de Familia, y el Notario los consignará por nota al pie o al margen de la escritura matriz; el Notario hará a los otorgantes la advertencias de esta obligación...”

La constancia posterior a la inscripción del matrimonio tendrá lugar cuando los cónyuges modifican el régimen económico matrimonial, pues esa modificación debe constar en el Registro Civil (*ex.art.* 133 CC y 76 LRC/57).

El art. 60 LRC/2011 ha modificado este planteamiento pues contempla específicamente la inscripción del régimen económico matrimonial de forma simultánea

³⁷ **LRC/2011.** Disposición transitoria tercera. *Libros de Familia.*

A partir de la fecha de entrada en vigor de la presente Ley no se expedirán más Libros de Familia. Los Libros de Familia expedidos con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley seguirán teniendo los efectos previstos en los artículos 8 y 75 de la Ley del Registro Civil de 8 de junio de 1957 y en ellos se seguirán efectuando los asientos previstos en los artículos 36 a 40 del Reglamento de la Ley del Registro Civil aprobado por Decreto de 14 de noviembre de 1958.

³⁸ **Artículo 82 LRC/2011.** *Clases de certificaciones.*

1. Las certificaciones podrán ser literales o en extracto. Salvo solicitud expresa en sentido contrario, se expedirá certificación en extracto. Si no constara ningún asiento, la certificación será negativa.
2. Las certificaciones literales comprenderán la totalidad del contenido del asiento o asientos a que se refieran.
3. Las certificaciones en extracto contendrán los datos que se determinen reglamentariamente.

a la del matrimonio, tanto si se trata del régimen legal supletorio como si es un régimen pactado.

Artículo 60 LRC/2011. Inscripción del régimen económico del matrimonio.

1. Junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo

Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1333 del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la inscripción del régimen económico matrimonial o de sus modificaciones.

2. Se inscribirán las actas por las que se declare la notoriedad del régimen económico matrimonial legal o pactado.

El PLJV sigue el mismo criterio sentado por la Ley de 2011 y dispone en el artículo 60 lo siguiente:

Artículo 60 LRC (P). Inscripción del régimen económico del matrimonio.

1. Junto a la inscripción de matrimonio se inscribirá el régimen económico matrimonial legal o pactado que rija el matrimonio y los pactos, resoluciones judiciales o demás hechos que puedan afectar al mismo. 2. Cuando no se presenten escrituras de capitulaciones se inscribirá como régimen económico matrimonial legal el que fuera supletorio de conformidad con la legislación aplicable. Para hacer constar en el Registro Civil expresamente el régimen económico legal aplicable a un matrimonio ya inscrito cuando aquél no constase con anterioridad será necesaria la tramitación de un acta de notoriedad. Otorgada ante Notario escritura de capitulaciones matrimoniales, deberá éste remitir en el mismo día copia autorizada electrónica de la escritura pública al Encargado del Registro Civil correspondiente para su constancia en la inscripción de matrimonio. Si el matrimonio no se hubiera celebrado a la fecha de recepción de la escritura de capitulaciones matrimoniales, el Encargado del Registro procederá a su anotación en el registro individual de cada contrayente.

3. En las inscripciones que en cualquier otro Registro produzcan las capitulaciones y demás hechos que afecten al régimen económico matrimonial, se expresarán los datos de su inscripción en el Registro Civil. 4. Sin perjuicio de lo previsto en el artículo 1333 del Código Civil, en ningún caso el tercero de buena fe resultará perjudicado sino desde la fecha de la inscripción del régimen económico matrimonial o de sus modificaciones.»

Del texto transcrito pueden destacarse los siguientes aspectos:

a) Los números 1 y 4 del Proyecto reproducen literalmente el número 1 del art. 60 de la LRC/2011.

b) El régimen económico matrimonial supletorio constará en la inscripción del matrimonio cuando los cónyuges no hubieran otorgado capitulaciones matrimoniales. Tal constancia derivará, como regla general, del expediente matrimonial, como resulta del ya visto art. 58.6 LRC (P). Pero en los escasos supuestos en que no haya tramitación del expediente, la constancia tendrá como fundamento la presunción legal y la no aportación de capitulaciones matrimoniales..

c) Autorizada la escritura de capitulaciones matrimoniales, el Notario tiene la obligación legal de remitir el mismo día la autorización una copia autorizada electrónica de la escritura al Encargado del Registro Civil para su constancia en la inscripción del matrimonio

’
Cuando las capitulaciones fueran prenupciales, esta remisión de la copia electrónica remitida tiene como consecuencia que el Encargado del Registro Civil practicará una anotación en el registro individual de cada contrayente.

d) A diferencia de lo visto hasta ahora, que se refiere a la constancia del régimen económico de aquellos matrimonios celebrados una vez esté en vigor la Ley de la Jurisdicción Voluntaria, en el número 2 del artículo contempla también el modo de hacer constar el régimen económico legal en aquellas inscripciones de matrimonios anteriores a la Ley, caso en el que será necesario tramitar un acta de notoriedad.

Tal constancia no será, sin embargo, obligatoria, como se deduce del texto del art. 53 LN (P), que ahora veremos. Por tanto, para estos matrimonios anteriores cabe, a voluntad de los contrayentes, no hacer constar expresamente su régimen económico, caso en el que el mismo resultará de la presunción legal y del silencio del Registro Civil, como sucede ahora; o bien hacerlo constar expresamente, caso en el que debe tramitarse un acta de notoriedad en los términos del citado art. 53:

Artículo 53 LN (P).

1. Quienes deseen hacer constar expresamente en el Registro Civil el régimen económico matrimonial legal que corresponda a su matrimonio cuando éste no constare con anterioridad deberán solicitar al Notario correspondiente a su domicilio la tramitación de un acta de notoriedad.

2. La solicitud de inicio del acta deberá ir acompañada de los documentos acreditativos de identidad y domicilio del requirente. Deberá acreditarse con información del Registro Civil la inexistencia un régimen económico matrimonial inscrito.

Los solicitantes deberán aseverar la certeza de los hechos positivos y negativos en que se deba fundar el acta, aportarán la documentación que estimen conveniente para la determinación de los hechos y deberán acompañar los documentos acreditativos de su vecindad civil en el momento de contraer matrimonio y, en caso de no poder hacerlo, deberán ofrecer información de, al menos, dos testigos que aseguren la realidad de los hechos de los que se derive la aplicación del régimen económico matrimonial legal.

3. Ultimadas las anteriores diligencias, el Notario hará constar su juicio de conjunto sobre si quedan acreditados por notoriedad los hechos y, si considera suficientemente acreditado el régimen económico legal del matrimonio, remitirá, en el mismo día y por medios telemáticos, copia electrónica del acta al Registro Civil correspondiente. En caso contrario, el Notario cerrará igualmente el acta y los interesados no conformes podrán ejercer su derecho en el juicio que corresponda.

En esta pormenorizada regulación de remisiones de copias electrónicas al Encargado del Registro Civil se echa en falta que no se prevea la notificación por el Encargado del Registro Civil al Notario del hecho de haberse practicado el asiento, o de haberse inscrito el matrimonio en el caso de las capitulaciones prenupciales o de la constancia del acta de notoriedad. No obstante, parece lógico que así se tuviera que hacer telemáticamente, y posiblemente quede este trámite para un posterior desarrollo reglamentario.

TERCERA PARTE

SEPARACION Y DIVORCIO NOTARIAL.

I Introducción

Tras el abandono del dogma de la indisolubilidad del matrimonio por una parte de las sociedades occidentales, como consecuencia de la Reforma protestante, el divorcio inicia un camino que llega hasta nuestros días y que, paso a paso, se dirige hacia el reconocimiento pleno de la autonomía de la voluntad. A medida que se cumplen etapas de ese camino se aprecia una disminución del control del Estado sobre los procesos de divorcio y un correlativo aumento de la libertad personal hasta culminar en leyes como la española de 2005, donde basta la decisión unilateral de uno de los cónyuges para que el divorcio surta efectos.

Por su claridad, seguimos en esta introducción el esquema evolutivo expuesto por la profesora LOPEZ DE LA CRUZ³⁹ cuando distingue cuatro etapas en una evolución que viene presidida por la tensión entre culpa/causalización y reconocimiento de la libre decisión personal.

a) Primera etapa: divorcio sanción.

- Es un divorcio casualizado porque el matrimonio se disuelve a instancia de uno de los cónyuges (inocente) ante el incumplimiento del otro (culpable), que ha incurrido en alguna de las causas legalmente tipificadas.

- El divorcio supone una sanción para el cónyuge culpable que no puede, sin embargo, alegar su incumplimiento para divorciarse por iniciativa propia, sino que queda a expensas de que el inocente decida o no divorciarse. Por tanto, la facultad de divorciarse reside únicamente en el cónyuge considerado inocente.

- Es el Estado quien determina y controla las causas de divorcio, declarándolo judicialmente e imponiendo las consecuencias en función de la culpabilidad del cónyuge incumplidor.

b) Segunda etapa: divorcio quiebra.

También es un divorcio casualizado porque es el Estado quien tipifica las causas de divorcio y lo declara judicialmente.

- Si bien no desaparece el concepto de culpa, sin embargo tiene un sentido diferente al que se le atribuye en el divorcio sanción. El comportamiento culpable es el presupuesto de la quiebra de la convivencia matrimonial y se constituye en causa de tal situación. Sin embargo, no se concibe el divorcio como castigo al infractor sino como remedio ante una convivencia que ha devenido imposible por un incumplimiento.

³⁹ LOPEZ DE LA CRUZ, Laura. “La libertad individual como elemento integrante del concepto de matrimonio. Su especial manifestación en la disolución del vínculo conyugal”. Anuario de Derecho Civil LXII, 2009.

- Las medidas que el Juez adopte en la sentencia de divorcio no persiguen sancionar al incumplidor sino proteger los intereses familiares afectados por la ruptura de la convivencia matrimonial, por lo que en la fijación de tales medidas el valor que predomina es el de alcanzar la protección debida en cada caso concreto de aquellos intereses necesitados de tutela.

Este “divorcio quiebra” es el eslabón intermedio entre el divorcio sanción y el que seguidamente veremos como tercera etapa.

c) Tercera etapa: divorcio por mutuo consentimiento.

- Esta modalidad supone el reconocimiento como causa de divorcio de la voluntad común de los cónyuges, sin precisar culpa o causa alguna que no sea su voluntad como causa de divorcio. Consecuencia inmediata será el decaimiento del control público del Estado sobre los motivos del divorcio, reduciéndose la intervención de la autoridad pública en este punto a constatar la voluntad libre y conscientemente manifestada de los cónyuges, sin perjuicio, no obstante, de las medidas de tutela que se deban adoptar en favor de menores u otros intereses necesitados de especial protección.

- Sin embargo, a diferencia de la cuarta etapa, no es posible el divorcio por mera decisión unilateral de un cónyuge, sin perjuicio de que pueda haber divorcio a iniciativa de uno de ellos y sin consentimiento del otro siempre que se den los requisitos exigidos por la legislación para ello. Estos requisitos pueden ser objetivos (por ejemplo, el transcurso de un tiempo previo de separación) o subjetivos (incumplimiento por uno de los cónyuges de algunos de los deberes impuestos legalmente).

- Además del consentimiento de ambos cónyuges pueden exigirse otros requisitos para el divorcio por mutuo consentimiento, como, por ejemplo, un tiempo mínimo de matrimonio o un tiempo previo de separación o cese de la convivencia matrimonial.

d) Cuarta etapa: divorcio por decisión unilateral de uno de los cónyuges.

- Se puede decir que es el último estadio de la evolución al que se ha llegado en nuestros días. Se fundamenta en el reconocimiento del principio del libre desarrollo de la personalidad, proclamado incluso constitucionalmente (concretamente, en el Derecho español en el art. 10 CE). La plenitud de la libertad individual conduce a la posibilidad del divorcio por mera voluntad unilateral de cualquiera de los cónyuges, sin que se necesite otra causa que no sea la decisión individual sin ninguna otra exigencia.

- Al igual que en la tercera etapa, el Estado no puede controlar o exigir causa alguna para el divorcio, sin perjuicio, como se ha dicho, de su necesaria intervención para garantizar la protección de los intereses en juego y el respeto a la igualdad de los cónyuges.

II Derecho español actual.

El número 2 del art. 32 CE se refiere a las causas de disolución del matrimonio genéricamente cuando dice que la ley regulará las causas de separación y disolución del matrimonio y sus efectos.

A diferencia de lo que hace en su número 1, donde sí recoge expresamente el derecho del hombre y de la mujer a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica, el número 2 no menciona expresamente al divorcio y lo diluye en la referencia genérica que hace a las causas de disolución del matrimonio, remitiéndose a la ley, como también se remite a la hora de regular las formas del matrimonio, la edad y capacidad para contraerlo y los derechos y deberes de los cónyuges. Por tanto, el divorcio queda comprendido dentro del contenido jurídico natural del matrimonio, sin que se necesite una mención constitucional expresa que lo reconozca como derecho específico o singular.

La Ley 13/1981, de siete de julio, es la que introduce en el Código Civil, tras la Constitución, el divorcio en el Derecho español. Posteriormente, esta regulación ha sido alterada por la Ley 15/2005, de 8 de julio, que modifica el Código Civil y la Ley de Enjuiciamiento Civil en materia de separación y divorcio, constituyendo el Derecho vigente en materia de separación y divorcio, cuyas características fundamentales pueden resumirse del siguiente modo:

a) Se trata de un divorcio **vincular** porque extingue el vínculo matrimonial. Aunque actualmente parece una obviedad decir que el divorcio disuelve el vínculo matrimonial, lo cierto es que no siempre fue así, y de hecho, en España, hubo supuestos que, calificados legalmente como divorcio, no disolvían el vínculo matrimonial⁴⁰.

b) Se trata de un divorcio **no causal** porque se funda en la mera voluntad, pues no se necesita para instar el divorcio invocar más causa que la voluntad de divorciarse, bien de ambos cónyuges, bien de uno sólo de ellos, según resulta de los arts. 81 y 86 CC tras la redacción dada por la Ley 15/2005. En la regulación de la Ley 13/1981 sólo cabía hablar de divorcio fundado en la mera voluntad cuando era de mutuo acuerdo entre los cónyuges, caso en que no se necesitaba causa objetiva alguna. Sin embargo, el divorcio unilateral necesitaba fundarse en una causa legalmente prevista. El texto actual de los arts. 86 y 81 CC se pronuncian del siguiente modo:

. **Art. 86:** “Se decretará judicialmente el divorcio, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio, a petición de uno solo de los cónyuges, de ambos o de uno con el consentimiento del otro, cuando concurren los requisitos y circunstancias exigidos en el artículo 81”.

Art. 81: “Se decretará judicialmente la separación, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio: 1.º A petición de ambos cónyuges o de uno con el consentimiento del otro, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. A la demanda se acompañará una propuesta de convenio regulador redactada conforme al artículo 90 de este Código. 2.º A petición de uno solo de los cónyuges, una vez transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio. No será preciso el transcurso de este plazo para la interposición de la demanda cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los miembros del matrimonio. A la demanda se acompañará propuesta fundada de las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación.

⁴⁰ Se trata de un divorcio relativo que no se diferencia de la actual separación porque no extingue el vínculo matrimonial. De acuerdo con la Ley de Matrimonio Civil de 1870, el Anteproyecto del Código Civil establecía en su artículo 84 que *el divorcio sólo produce la suspensión de la vida en común de los casados*. Por su parte, la redacción originaria del Código Civil establecía en su artículo 52 que *el matrimonio se disuelve por muerte de uno de los cónyuges*. Durante la II República, la Ley 2 de marzo de 1932 sí que reconoce el divorcio como causa extintiva del vínculo matrimonial, aunque, paradójicamente, no deroga el Código Civil, produciéndose una diversidad normativa que pone de manifiesto el escaso rigor legislativo propio de aquella época. La Ley de 29 de septiembre de 1939 pone fin a tal situación retomando como única legislación en vigor la contenida en el Código Civil.

Es elocuente en este sentido la explicación que da la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 cuando dice que "...se estima que el respeto al libre desarrollo de la personalidad, garantizado por el artículo 10.1 de la Constitución, justifica reconocer mayor trascendencia a la voluntad de la persona cuando ya no desea seguir vinculado con su cónyuge. Así, 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, ni, desde luego, de una previa e ineludible situación de separación..."

c) El divorcio **discurre independientemente de la separación matrimonial**. Mientras que en la redacción originaria de la Ley 13/1981 la separación matrimonial era, como regla general, un paso previo necesario para alcanzar el divorcio, actualmente basta para instar el divorcio el transcurso de tres meses desde la celebración del matrimonio, sin exigir separación alguna, de modo que divorcio y separación judicial son instituciones diferentes que, si bien producen los mismos efectos en general respecto de los cónyuges, se diferencian por la nota fundamental de que el divorcio extingue el matrimonio mientras que en la separación judicial el vínculo matrimonial permanece.

La Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 es ilustrativa de este cambio operado cuando dice que "...se pretende evitar la situación actual que, en muchos casos, conlleva un doble procedimiento, para lo cual se admite la disolución del matrimonio por divorcio sin necesidad de la previa separación de hecho o judicial, con un importante ahorro de coste a las partes, tanto económico como, sobre todo, personales. No obstante, y de conformidad con el artículo 32 de la Constitución, se mantiene la separación judicial como figura autónoma, para aquellos casos en los que los cónyuges, por las razones que les asistan, decidan no optar por la disolución de su matrimonio. En suma, la separación y el divorcio se concibe como dos opciones, a las que las partes pueden acudir para solucionar las vicisitudes de su vida en común. De este modo, se pretende reforzar el principio de libertad de los cónyuges en el matrimonio, pues tanto la continuación de su convivencia como su vigencia depende de la voluntad constante de ambos..."

d) Es un divorcio que necesariamente **se desenvuelve en la esfera judicial**, nota ésta que resulta modificada en el PLJV al introducir la separación y el divorcio notarial

Para concluir este apartado conviene reparar en los dos tipos de divorcio que resultan de la legislación vigente, según exista o no acuerdo entre los cónyuges: en el primer caso cabe hablar de divorcio contencioso y en el segundo de divorcio consensual.

Sólo hay divorcio consensual cuando ambos cónyuges están de acuerdo en querer divorciarse y en los efectos y consecuencias del divorcio, que dejan fijadas de mutuo acuerdo en el convenio regulador homologado judicialmente. Sin embargo, es contencioso el divorcio, y se sustancia conforme a los arts. 770 y ss LECivil, cuando los cónyuges no están de acuerdo en divorciarse, o, cuando estando de acuerdo en ello, no lo están en sus efectos y consecuencias.

III Referencia a las normas de Derecho Internacional Privado.

1 Art. 107 CC.

El art. 9 CC establece en el párrafo segundo del punto 2 que “la nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107. Por tanto, el art. 107 CC es quien determina aparentemente la ley aplicable en los casos de nulidad, separación y divorcio en los que hay un componente internacional. La actual redacción procede de la Ley 11/2003, de 29 de septiembre, cuya Exposición de Motivos proclama entre sus objetivos “mejorar la integración social de los inmigrantes en España y garantizar que disfruten de semejantes derechos a los nacionales, (razón por la que) se aborda una reforma del Código Civil en materia de separación y divorcio para garantizar la protección de la mujer frente a nuevas realidades sociales que aparecen con el fenómeno de la inmigración... El interés de una persona de lograr la separación o el divorcio, por ser expresión de su autonomía personal, debe primar sobre el criterio que supone la aplicación de la ley nacional...”. Por tanto, tras la reforma introducida por la Ley 15/2005, en el Derecho español ha de rechazarse por ser contraria a su orden público toda aquella norma que no permita el divorcio por decisión unilateral de uno de los cónyuges⁴¹.

El art. 107 CC se remite en materia de nulidad a la “ley aplicable a su celebración”, mientras que la separación y el divorcio se regulan de acuerdo con los siguientes puntos de conexión:

- La ley nacional común a los cónyuges en el momento de presentar la demanda.
- La ley de residencia habitual común en dicho momento.
- La ley de la última residencia habitual común si “uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado”.
- Junto a estos tres puntos de conexión, que son aplicables sucesivamente y sin posibilidad de pacto, el párrafo segundo del art. 102.2 CC establece que se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España en los siguientes casos: (i) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas. (ii) Si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro. (iii) Si las leyes indicadas en el párrafo primero de este apartado no reconocieran la separación o el divorcio o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público.

⁴¹ Una cuestión que puede plantearse en la práctica notarial es la posibilidad de que uno de los cónyuges otorgue escritura pública repudiando al otro. Tras la reforma operada por la Ley 15/2005 puede decirse que la decisión unilateral de disolver el matrimonio se aproxima a la idea del repudio, con la decisiva particularidad, no obstante, de que en el Derecho español no hay discriminación por razón del sexo del cónyuge que decide unilateralmente divorciarse. ¿Cabe autorizar escritura en la que uno de los cónyuges repudie al otro? Parece que la respuesta ha de ser negativa por ser un acto contrario a la ley española, pues la extinción del vínculo matrimonial sólo es posible conforme al procedimiento legalmente previsto, hasta ahora sólo judicial y, de aprobarse el texto del PLJV, también notarial. Pero la decisión unilateral manifestada al margen del procedimiento legalmente previsto no es posible. Ver GARCIMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. *Comentarios al Código Civil*. Tomo 1. Art. 90, págs 1109y ss. (Coord. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013.

Cabe destacar, por otro lado, el criterio favorable al *favor divortii* que contempla la letra c), pues será aplicable la ley española cuando las leyes concurrentes conforme a los puntos de conexión contemplados no reconozcan la separación o el divorcio “o lo hicieran de forma discriminatoria o contraria al orden público”.

Sin embargo, la vigencia actual del art. 107 CC ha quedado muy reducida tras la entrada en vigor del Reglamento de la Unión Europea 1259/2010, conocido como Reglamento Roma III (en adelante Roma III), al que seguidamente haremos referencia. Tras este Reglamento, la eficacia material del art. 107 es residual, y por ello el PLJV modifica su apartado segundo, dejándolo con la siguiente redacción:

Art. 107 CC (P) “...2. La separación y el divorcio judicial se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho internacional privado, que serán también de aplicación a la separación y el divorcio notarial”.

En cualquier caso, si no se modificara o derogara expresamente el referido art. 107 CC, su aplicación quedaría reducida al ámbito interregional español, pues el art. 16 de Roma III expresamente dispone que “Los Estados miembros participantes en los que se apliquen diferentes sistemas jurídicos o conjuntos de normas a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento no estarán obligados a aplicarlo a los conflictos de leyes que se planteen exclusivamente entre esos sistemas jurídicos o conjuntos de normas”.

2 Reglamento de la Unión Europea 1259/2010 (Roma III).

Roma III establece unos criterios uniformes para regular el conflicto de leyes en los casos de separación judicial y divorcio. El sistema conflictual previsto es distinto al contemplado en el art. 107 CC y tiene su centro de gravedad en el principio de la autonomía de la voluntad.

El Reglamento tiene por objeto la determinación de la ley aplicable en caso de separación o divorcio, mientras que en materia de competencia judicial internacional hay que remitirse al Reglamento Bruselas II bis, 2201/2003. No se aplica, sin embargo, a los supuestos de nulidad matrimonial, estableciendo el considerando 10 que “...El ámbito de aplicación material y el articulado del presente Reglamento deben ser coherentes con los del Reglamento (CE) nº 2201/2003. No obstante, el presente Reglamento no debe aplicarse a la anulación del matrimonio. El presente Reglamento solo debe aplicarse a la disolución o la relajación del vínculo matrimonial. La ley que determinen las normas sobre conflicto de leyes del presente Reglamento debe aplicarse a los motivos para el divorcio y la separación judicial...”.

Roma III está en vigor en España desde el 21 de julio de 2012, por lo que las demandas de separación judicial o divorcio con elemento internacional quedan sujetas a su regulación desde esa fecha. El art. 18 establece las siguientes disposiciones transitorias:

a) El presente Reglamento se aplicará solamente a las demandas interpuestas y a los convenios a que se refiere el artículo 5 celebrados a partir del 21 de junio de 2012. No obstante, se dará también efecto a todo convenio relativo a la elección de la ley

aplicable celebrado antes del 21 de junio de 2012, siempre y cuando cumpla lo dispuesto en los artículos 6 y 7.

b) El presente Reglamento no afectará a los convenios relativos a la elección de la ley aplicable celebrados de conformidad con la legislación del Estado miembro participante del órgano jurisdiccional ante el que se haya interpuesto una demanda antes del 21 de junio de 2012.

Sin ánimo exhaustivo, `cabe señalar los siguientes rasgos generales:

2.1 Determinación de la ley aplicable.

a) Autonomía de la voluntad.

El punto de conexión principal es el de la autonomía de la voluntad de los cónyuges, que pueden elegir la ley que regirá su separación o divorcio de entre las que enumera el art. 5:

- La ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio.

- La ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio.

- La ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio.

- La ley del foro”.

Sigue diciendo el artículo que “...2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, el convenio por el que se designe la ley aplicable podrá celebrarse y modificarse en cualquier momento, pero a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional. 3. Si la ley del foro así lo establece, los cónyuges también podrán designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento. En tal caso, el órgano jurisdiccional registrará la designación de conformidad con la ley del foro”.

Con arreglo a la legislación española, parece lógico, como señala FERNÁNDEZ-TRESGUERRES⁴², que no cabe este pacto en el convenio regulador (ex. arts. 8i y 86CC), por cuanto, secuencialmente, el acuerdo sobre la ley aplicable ha de ser anterior a la aprobación del convenio por el Juez. Por otro lado, aunque Roma III se refiera siempre a los cónyuges, nada se opone a que el acuerdo tenga lugar antes de la celebración del matrimonio, lo que en el caso español sería a través de las capitulaciones antenupciales, sin perjuicio de que su eficacia quedara supeditada a la celebración del matrimonio en el plazo del año siguiente, *ex. art. 1334 CC*.

b) Puntos de conexión subsidiarios en defecto de acuerdo (art. 8).

⁴² FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana. *Aproximación al derecho Internacional Privado de la familia*. (Coord. Gema Díez-Picazo Giménez). Pags. 2122 y ss. Ed. Civitas-Thomson Reuters. 2012.

La ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda.

- En segundo lugar, la ley del Estado en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda.

- En su defecto, la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda.

- Por último, la ley del Estado ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

Especial mención merece en España el punto de conexión de la nacionalidad por los casos de doble nacionalidad. Dice el considerando 22 de Roma III que “en los casos en que el presente Reglamento hace referencia a la nacionalidad como criterio de vinculación a efectos de la aplicación de la ley de un determinado Estado, el tratamiento de los casos de nacionalidad múltiple debe regirse por la legislación nacional, respetando plenamente los principios generales de la Unión Europea”. El art. 9 CC establece en esta materia lo siguiente: “... 9. A los efectos de este capítulo, respecto de las situaciones de doble nacionalidad previstas en las leyes españolas se estará a lo que determinen los tratados internacionales, y, si nada estableciesen, será preferida la nacionalidad coincidente con la última residencia habitual y, en su defecto, la última adquirida. Prevalecerá en todo caso la nacionalidad española del que ostente además otra no prevista en nuestras leyes o en los tratados internacionales. Si ostentare dos o más nacionalidades y ninguna de ellas fuera la española, se estará a lo que establece el apartado siguiente...”.

c) *Favor divortii* y orden público.

El Art. 10 establece que “Cuando la ley aplicable con arreglo a los artículos 5 u 8 no contemple el divorcio o no conceda a uno de los cónyuges, por motivos de sexo, igualdad de acceso al divorcio o a la separación judicial, se aplicará la ley del foro”. Artículo 11: “Solo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro”.

2.2 Ámbito de aplicación.

Como se ha dicho, Roma III se ocupa de la determinación de la ley aplicable pero no de la competencia judicial internacional, que se rige por el Reglamento Bruselas II bis. Por otro lado, según el art. 1, la norma se circunscribe al conflicto de leyes en materia de separación y divorcio, pero no se aplica a las siguientes materias: “...2. El presente Reglamento no se aplicará a los siguientes asuntos, aun cuando se planteen como mera cuestión prejudicial en el contexto de un procedimiento de divorcio o separación judicial: a) la capacidad jurídica de las personas físicas; b) la existencia, validez o reconocimiento de un matrimonio; c) la nulidad matrimonial; d) el nombre y apellidos de los cónyuges; e) las consecuencias del matrimonio a efectos patrimoniales;

f) la responsabilidad parental; g) las obligaciones alimentarias; h) los fideicomisos o sucesiones.

2.3 Forma del acuerdo.

a) El convenio -dice el art. 7.1- debe constar por escrito, estar fechado y firmado por los dos cónyuges, siendo válida "...toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcionen un registro duradero del convenio".

Por tanto, Roma III no exige forma pública alguna, remitiéndose el art. 7.2 a la legislación específica de cada Estado: "...No obstante, si la legislación del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de celebración del convenio establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación".

Para aquellos casos en los que al tiempo de la celebración del convenio no tuvieran los cónyuges residencia habitual común, los apartados 3 y 4 del referido art. 7 establecen lo siguiente: "...3. Si, en la fecha de celebración del convenio, los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes y si las legislaciones de ambos Estados disponen requisitos formales diferentes, el convenio será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos legislaciones. 4. Si, en la fecha de celebración del convenio, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante y si la legislación de tal Estado establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación".

b) En el Derecho español parece que el convenio ha de constar en documento auténtico, judicial o notarial, según la terminología empleada por el art. 9.2 CC, pues se trata de un acuerdo relativo a los efectos del matrimonio. Parece lógico pensar que la forma *natural* será la escritura de capitulaciones matrimoniales antenupciales o postnupciales (*ex. arts. 1325 y 1326 CC*), si bien este pacto puede constituir el objeto exclusivo del documento auténtico.

Sin embargo, como señala FERNÁNDEZ-TRESGUERRES⁴³, la referencia al documento auténtico que hace el art. 9.2 CC excluye la posibilidad de que se trate de un documento sólo fehaciente, pues, si bien la fehaciencia es siempre `predicable del documento auténtico, también puede haber documentos privados con fecha cierta conforme resulta del art. 1227 CC, sin que por ello sean documentos auténticos

Para concluir este apartado hay que decir que la referencia genérica que hace el art. 7 a cualquier forma escrita contrasta en cierto modo con lo que dice el considerando 18 de Roma III cuando destaca como principio fundamental del Reglamento el de la elección informada de ambos cónyuges y señala que "...La elección informada de ambos cónyuges es un principio fundamental del presente Reglamento. Es importante que cada cónyuge sepa exactamente cuáles son las consecuencias jurídicas y sociales de la elección de la ley aplicable. La posibilidad de elegir de común acuerdo la ley aplicable no debe afectar a los derechos ni a la igualdad de oportunidades de los cónyuges. Por esa razón, es importante que los jueces de los Estados miembros

⁴³ FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana, *op. cit.*, pag 2182.

participantes sean conscientes de la importancia de que los cónyuges hagan una elección informada, con conocimiento de las consecuencias jurídicas del convenio que celebren para elegir la ley aplicable”.

2.4 Carácter universal del Reglamento

Según el art. 4, “la Ley aplicable elegida puede ser, incluso, la correspondiente a un Estado no perteneciente a la Unión Europea, si bien no cabe admitir la remisión cuando la norma aplicable sea contraria a los derechos fundamentales de la Unión Europea”. Dice en este sentido el considerando 12 que “...El presente Reglamento debe tener carácter universal, de modo que, con arreglo a sus normas uniformes de conflicto de leyes, se pueda designar como ley aplicable la ley de un Estado miembro participante, la de un Estado miembro no participante o la de un Estado que no pertenezca a la Unión Europea”.

IV Referencia al Derecho comparado⁴⁴

1 Diversidad de sistemas

Se analizan en este apartado las soluciones dadas por otros Ordenamientos jurídicos para desjudicializar la separación y el divorcio, tanto en Iberoamérica como en Europa. Por razones obvias, prestaremos más atención a los Derechos de Iberoamérica por su proximidad al español, sin perjuicio de que la uniformidad en el seno de la Unión Europea cada vez se va acentuando más por medio de la legislación comunitaria.

En general, pueden clasificarse los sistemas vigentes conforme a dos criterios:

2 Separación y divorcio extrajudicial en Iberoamérica.

2.1 Cuba

a) La regulación del divorcio notarial se encuentra en el Decreto Ley nº 154/1994, de 6 de septiembre, que es desarrollado por el Reglamento nº 182/1994, de 10 de noviembre, del Ministerio de Justicia. El Código Civil lo contempla en el art. 43.4⁴⁵.

⁴⁴ En este apartado resultan de interés los siguientes estudios:

⁴⁵ **Artículo 43 Código de Familia.**- El vínculo matrimonial se extingue: 1) por fallecimiento de cualquiera de los cónyuges; 2) por la declaración judicial de presunción de muerte de uno de los cónyuges; 3) por la nulidad del matrimonio declarada por sentencia firme; 4) por sentencia firme de divorcio o escritura de divorcio otorgada ante Notario.

El **Decreto-Ley 154/1994**, de 6 de septiembre establece lo siguiente:

Artículo 1. El divorcio procederá por escritura notarial cuando exista mutuo acuerdo entre los cónyuges sobre la disolución del vínculo matrimonial y sus efectos inmediatos y no se emita por el Fiscal dictamen en contrario, en su caso. A falta del acuerdo a que se refiere el párrafo anterior o mediando dictamen en contrario del Fiscal sin que sus objeciones sean salvadas, el divorcio se tramitará por la vía judicial.

Artículo 2. Los cónyuges solicitarán conjuntamente, por sí o por representación, la disolución del vínculo matrimonial. En caso de representación letrada, un sólo abogado podrá representar a ambos cónyuges. Si los cónyuges no pudieren comparecer conjuntamente ante un mismo notario, uno de ellos podrá declarar, bajo juramento ante el notario que elija.

Artículo 3. El notario, para la tramitación del divorcio, se regirá por los principios y normas del Código de Familia y lo establecido en la Ley de Notarías Estatales y su Reglamento.

b) La competencia exclusiva del Notario se extiende a los casos en que haya hijos menores o con la capacidad judicialmente modificada, extendiéndose su control de legalidad al contenido de estos acuerdos sobre los hijos, de modo que si los considera atentatorios los remitirá al Ministerio Fiscal. Este control notarial comprende, según el art. 4 del DL 154/1994, procurar “el normal desarrollo y educación de los hijos comunes menores; la adecuada interrelación y comunicación entre padres e hijos; la satisfacción de la necesidad económicas de los hijos menores comunes; la salvaguarda de los intereses de los hijos comunes, menores; y el cumplimiento de los deberes que corresponden a los padres”.

c) No es necesario para el divorcio que haya transcurrido tiempo mínimo desde el matrimonio ni se exige tampoco previa separación de los cónyuges.

d) El divorcio se autoriza en escritura pública que declara la disolución del matrimonio y la aprobación de los acuerdos propuestos por los cónyuges. La escritura, dice el artículo 9 del DL 154/1994 “...tendrá fuerza ejecutiva, directa e inmediata, a todos los efectos legales a partir de su fecha y contendrá los acuerdos de los excónyuges sobre los aspectos siguientes: La disolución del vínculo matrimonial, la determinación en relación con la conservación de la patria potestad con los menores, salvo que existiere fallo judicial en contrario, acreditado por alguno de los cónyuges; el discernimiento de la guarda y cuidado de los hijos menores comunes; la determinación de la cuantía de la pensión que corresponda conceder a los hijos menores comunes y al excónyuge en su caso; el régimen de comunicación de aquel de los padres que no se le confiera la guarda y cuidado de los hijos menores con éstos; las convenciones de los cónyuges sobre el destino de la vivienda, si procediere, y las advertencias legales

Artículo 5. El notario dará traslado de la solicitud de divorcio al fiscal cuando a su juicio los acuerdos de los cónyuges atenten contra cualquiera de los aspectos señalados en el artículo anterior o cuando pretendan deferir la patria potestad sobre los hijos comunes menores a favor de uno sólo de los padres.

Artículo 6. El fiscal, al recibir una solicitud de divorcio de las referidas en el artículo anterior, analizará la procedencia o no de los acuerdos en relación con los intereses de los hijos comunes menores y emitirá un dictamen al respecto,

Artículo 7. Si el dictamen del fiscal fuera favorable a las convenciones propuestas por los cónyuges, el notario continuará la tramitación de divorcio.

Artículo 8. Si el fiscal emite dictamen contrario a alguna de las convenciones propuestas por los cónyuges, el notario lo hará saber a los interesados por sí, en atención a lo señalado por el Fiscal, aceptan modificar los acuerdos. Si los cónyuges modificaren sus acuerdos en correspondencia a lo señalado por el fiscal, el notario continuará la tramitación del divorcio. En caso contrario interrumpirá su sustanciación dejando expedita la vía judicial, lo que certificará a los interesados.

Artículo 10. Las modificaciones de las convenciones sobre las relaciones paterno filiales referidas a la patria potestad, guarda y cuidado de los hijos comunes menores, régimen de comunicación o pensiones, que surjan con posterioridad a la fecha de la escritura de divorcio, se resolverán ante en notario, siempre que no exista contradicción entre los excónyuges. Los pronunciamientos dispuestos en las sentencias de divorcio sólo podrán modificarse por el tribunal competente.

Artículo 11. El notario dará traslado de la solicitud al fiscal cuando a su juicio la pretensión atente contra cualquiera de los aspectos recogidos en el Artículo 4 de este Decreto-Ley. Si se emitiera por el fiscal dictamen en contrario, el notario se abstendrá y el asunto se sustanciará por los trámites de los incidentes en el Tribunal Municipal Popular correspondiente, ante el cual se presentará copia de la escritura de divorcio. De lo resuelto por el Tribunal Municipal Popular, se remitirá certificación a la notaría correspondiente, donde obre la escritura de divorcio.

Artículo 12. El incumplimiento por cualquiera de los excónyuges de alguno de los pronunciamientos contenidos en la escritura de divorcio, se resolverá en proceso de ejecución ante el Tribunal Municipal Popular correspondiente. La resolución judicial que recaiga en el asunto sólo podrá modificarse por los trámites de incidentes, ante el tribunal competente.

correspondientes en cuanto a la liquidación de la comunidad matrimonial de bienes en caso de que expresamente se declinaran su derecho a realizarla en el propio acto”.

2.2 Perú

a) Se regula el divorcio ante Notario y en la Municipalidades en la Ley 29227/2008, de 15 de mayo, Decreto Supremo N° 009-2008-JUS⁴⁶ y en el art. 333 13° del Código Civil.

⁴⁶ Perú. Decreto Supremo N° 009-2008-JUS

Artículo 4.- Competencia: El alcalde distrital o provincial de la municipalidad acreditada, así como el notario de la jurisdicción del último domicilio conyugal o del lugar de celebración del matrimonio, son competentes para realizar el procedimiento no contencioso regulado en la Ley. Entiéndase por domicilio conyugal el último domicilio que compartieron los cónyuges, señalado en declaración jurada suscrita por ambos. La solicitud de divorcio ulterior será tramitada ante el mismo notario o alcalde que declaró la separación convencional, de acuerdo a ley.

Artículo 5.- Requisitos de la solicitud. De conformidad con lo establecido en el artículo 4 de la Ley, sólo pueden acogerse al procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior los cónyuges que cumplan con los siguientes requisitos: 1) No tener hijos menores de edad o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a la Ley N° 26872 y su Reglamento, respecto a los regímenes de ejercicio de la patria potestad, alimentos, tenencia y visitas de los hijos menores de edad. 2) No tener hijos mayores con incapacidad, o de tenerlos, contar con sentencia judicial firme o acta de conciliación emitida conforme a la Ley N° 26872 y su Reglamento, respecto a los regímenes de ejercicio de la curatela, alimentos y visitas de los hijos mayores con incapacidad. Para el caso de estos hijos mayores con incapacidad, los cónyuges deberán contar, además, con la copia certificada de las sentencias que declaran la interdicción de aquellos y el nombramiento de su curador. 3) Carecer de bienes sujetos al régimen de sociedad de gananciales o contar con Escritura Pública de sustitución o liquidación del régimen patrimonial, inscrita en los Registros Públicos.

Artículo 8.- Patrocinio legal de los cónyuges solicitantes En el caso de los procedimientos seguidos en las notarías, la solicitud de Separación convencional y divorcio ulterior llevará firma de abogado, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 de la Ley N° 26662, Ley de competencia notarial en asuntos no contenciosos.

En el caso de los procedimientos seguidos en las municipalidades, la solicitud referida en el párrafo que antecede se sujetará a lo Dispuesto por el artículo 113 de la Ley N° 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General.

Artículo 9.- Intervinientes en el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior. En el procedimiento no contencioso de separación convencional y divorcio ulterior regulado por la Ley intervienen el alcalde, el notario, los cónyuges y/o sus apoderados y los abogados a que se refiere el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley.

Intervendrán, asimismo, el o los abogados que, de ser el caso y en concordancia con lo dispuesto en el artículo 8 del presente Reglamento, hayan designado los cónyuges solicitantes para su patrocinio legal.

Artículo 10.- Procedimiento. El alcalde o el notario que recibe la solicitud a que se refieren los artículos 5 de la Ley y 5 y 6 del presente Reglamento verifica el cumplimiento de los requisitos establecidos en el artículo 5 de la Ley dentro del plazo de cinco (05) días de presentada aquélla, luego de lo cual, en el plazo de quince (15) días, fija fecha, convoca y realiza la audiencia única prevista en el artículo 6 de la Ley. De no reunir la solicitud de separación convencional y divorcio ulterior los requisitos exigidos por los artículos 5 de la Ley y 5 y 6 del presente Reglamento no continuará el procedimiento.

Artículo 11.- Legalidad de los requisitos de la solicitud En caso que la separación convencional y divorcio ulterior se solicite en la vía municipal, se requerirá del visto bueno del área legal respectiva o del abogado de la municipalidad, a que se refiere el segundo párrafo del artículo 6 de la Ley, sobre el cumplimiento de los requisitos exigidos.

Artículo 12.- Audiencia. La audiencia única se realizará en un ambiente privado y adecuado. Su desarrollo deberá constar en Acta suscrita por los intervinientes a que se refiere el artículo 9 del presente Reglamento. Esta Acta deberá contener la ratificación o no en la voluntad de los cónyuges de separarse. De no ratificarse en dicha voluntad o de expresarse voluntad distinta se dará por concluido el procedimiento dejando constancia en el Acta. Si fuera el caso, se dejará constancia de la inasistencia de uno o ambos cónyuges a que se refiere el quinto párrafo del artículo 6 de la Ley para efectos de la convocatoria a nueva audiencia prevista en el penúltimo párrafo del mismo artículo. De haber nueva inasistencia de uno o de ambos cónyuges, se declarará concluido el procedimiento.

b) Si hay hijos menores o con capacidad modificada judicialmente será preceptiva resolución judicial firme o acto de conciliación sobre los siguientes particulares: atribución de la patria potestad, alimentos y régimen de visitas. Si hay bienes gananciales se otorgará escritura de liquidación de los mismos o de sustitución de este régimen matrimonial por otro.

c) Para el divorcio se exige previa separación matrimonial, y para la separación se precisa, a su vez, la suspensión de la vida en común con un mínimo de dos años de antelación. Dice en este sentido el art. 2 de la Ley 29227/2008 que “pueden acogerse a lo dispuesto en la presente Ley los cónyuges que, después de transcurridos dos (2) años de la celebración del matrimonio, deciden poner fin a dicha unión mediante separación convencional y divorcio ulterior”.

El art. 354 CC prevé la conversión de la separación en divorcio y dispone que “transcurridos dos meses desde notificada la sentencia, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional, o la sentencia de separación de cuerpos por separación de hecho, cualquiera de los cónyuges, basándose en ellas, podrá pedir, según corresponda, al juez, al alcalde o al notario que conoció el proceso, que se declare disuelto el vínculo del matrimonio. Igual derecho podrá ejercer el cónyuge inocente de la separación por causal específica”.⁴⁷

d) Es compatible el divorcio notarial y de la municipalidad con el divorcio judicial de mutuo acuerdo. Por otro lado, la solicitud de divorcio puede ser personal o por apoderado y no necesita asistencia letrada

e) La forma notarial del divorcio es la escritura pública. Dice el art. 13 Decreto Supremo N° 009-2008-JUS lo siguiente: “ Divorcio Ulterior. Transcurridos dos (02) meses de emitida la resolución de alcaldía o el acta notarial a que se refiere el artículo 12 del presente Reglamento, cualquiera de los cónyuges puede solicitar ante el alcalde o el notario la disolución del vínculo matrimonial. Dicha solicitud deberá ser resuelta dentro de los plazos máximos señalados en los párrafos siguientes de este artículo. En el caso de los procedimientos seguidos en las notarías, el notario extenderá, en un plazo no mayor de cinco (05) días, el acta notarial en que conste la disolución del vínculo matrimonial y elevará a escritura pública la solicitud a que se refiere el artículo 7 de la Ley, la misma que tendrá el carácter de Minuta y que se extenderá en el Registro Notarial de Asuntos No Contenciosos. En dicha escritura pública se insertarán las actas notariales a que se refieren el artículo 12 del presente Reglamento y el párrafo recedente

En el caso de los procedimientos seguidos en las notarías, el acta notarial de la audiencia a que se refiere el artículo 6 de la Ley será de carácter protocolar y se extenderá en el Registro Notarial de Asuntos No Contenciosos a que se refiere la Ley N° 26662, declarándose la separación convencional, de ser el caso...”.

⁴⁷ En igual sentido, el Artículo 580 del Código Procesal Civil: En el caso previsto en el primer párrafo del artículo 354 del Código Civil, procede la solicitud de disolver el vínculo matrimonial, después de transcurridos dos meses de notificada la sentencia de separación, la resolución de alcaldía o el acta notarial de separación convencional. El Juez expedirá sentencia, luego de tres días de notificada la otra parte; y el alcalde o el notario que conoció del proceso de separación convencional, resolverá el pedido en un plazo no mayor de quince días, bajo responsabilidad.”

de este artículo... Declarada la disolución del vínculo matrimonial, el alcalde o el notario dispondrá las anotaciones e inscripciones correspondientes”.

2.3 Colombia

a) Se regula el divorcio notarial en la LEY 962 DE 2005, de 8 de julio⁴⁸ (por la cual se dictan disposiciones sobre racionalización de trámites y procedimientos administrativos de los organismos y entidades del Estado y de los particulares que ejercen funciones públicas o prestan servicios públicos) y en el Decreto 4436/2005, de 28 de noviembre, que contempla un sistema dual de divorcio judicial y divorcio notarial-

b) Se inicia mediante solicitud con asistencia letrada. El escrito debe contemplar una serie de acuerdos similar al convenio regulador español. El art. 2 del Decreto 4436/2005 dice que “...La petición de divorcio contendrá: a) Los nombres, apellidos, documento de identidad, edad y residencia de los cónyuges. b) El acuerdo suscrito por los cónyuges con la manifestación de voluntad de divorciarse o de que cesen los efectos civiles del matrimonio religioso. Además contendrá disposiciones sobre el cumplimiento de las obligaciones alimentarias entre ellos, si es el caso, y el estado en que se encuentra la sociedad conyugal; y se informará sobre la existencia de hijos menores de edad. c) Si hubiere hijos menores de edad, el acuerdo también comprenderá los siguientes aspectos: la forma en que contribuirán los padres a la crianza, educación y establecimiento de los mismos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria, conforme al artículo 133 del Código del Menor, indicando lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios; custodia y cuidado personal de los menores; y régimen de visitas con la periodicidad de las mismas”.

c) Por tanto, cabe el divorcio notarial aun cuando concurren hijos menores de edad, pero en tal caso ha de intervenir el defensor de familia, que emitirá un informe vinculante para los cónyuges, quienes deben aceptarlo porque, caso contrario, se entiende desistida la solicitud (i) El art. 2 del mencionado Decreto dice que “... c) Si hubiere hijos menores de edad, el acuerdo también comprenderá los siguientes aspectos: la forma en que contribuirán los padres a la crianza, educación y establecimiento de los mismos, precisando la cuantía de la obligación alimentaria, conforme al artículo 133 del Código del Menor, indicando lugar y forma de su cumplimiento y demás aspectos que se estimen necesarios; custodia y cuidado personal de los menores; y régimen de visitas con la periodicidad de las mismas...”. (ii) Sobre el defensor de familia, el art, 3 del Decreto señala que “...Habiendo hijos menores de edad, el Notario le notificará al Defensor de Familia del lugar de residencia de aquellos, mediante escrito, el acuerdo al que han llegado los cónyuges, en los términos del artículo anterior. El Defensor de Familia deberá emitir su concepto en los quince (15) días siguientes a la notificación. Si

⁴⁸ Artículo 34. Divorcio ante notario. Podrá convenirse ante notario, por mutuo acuerdo de los cónyuges, por intermedio de abogado, mediante escritura pública, la cesación de los efectos civiles de todo matrimonio religioso y el divorcio del matrimonio civil, sin perjuicio de la competencia asignada a los jueces por la ley. El divorcio y la cesación de los efectos civiles ante notario, producirán los mismos efectos que el decretado judicialmente.

Parágrafo. El Defensor de Familia intervendrá únicamente cuando existan hijos menores; para este efecto se le notificará el acuerdo al que han llegado los cónyuges con el objeto de que rinda su concepto en lo que tiene que ver con la protección de los hijos menores de edad.

en dicho plazo el Defensor de Familia no ha allegado su concepto, el Notario dejará constancia de tal circunstancia, autorizará la Escritura y le enviará una copia a costa de los interesados. Las observaciones legalmente sustentadas que hiciere el Defensor de Familia referidas a la protección de los hijos menores de edad, se incorporarán al acuerdo, de ser aceptadas por los cónyuges. En caso contrario se entenderá que han desistido del perfeccionamiento de la Escritura Pública, y se devolverán los documentos de los interesados, bajo recibo.

d) La forma notarial es la escritura pública. Según el art. 5 del Decreto, “ En la Escritura de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso se protocolizará la solicitud, el poder, las copias o certificados de los registros civiles y el concepto del Defensor de Familia.

Una vez satisfechos los requisitos sustanciales y formales exigidos en la ley y en este decreto, el Notario autorizará la Escritura de divorcio del matrimonio civil o la cesación de los efectos civiles del matrimonio religioso”.

e) Sobre la inscripción dice el Artículo 6° del decreto que “ Una vez inscrita la Escritura de divorcio o de la cesación de efectos civiles del matrimonio religioso en el Libro Registro de Varios, el Notario comunicará la inscripción al funcionario competente del Registro del Estado Civil, quien hará las anotaciones del caso, a costa de los interesados”.

2.4 Ecuador

a) Se regula el divorcio en sede notarial en el art. 18 (22) de la Ley Notarial (reformada por LEY 62, RO 406, 28/NOV/2006)⁴⁹.

⁴⁹ Art. 18 (22) de la Ley Notarial: “... “22.- Tramitar divorcios por mutuo consentimiento, únicamente en los casos en que los cónyuges no tengan hijos menores de edad o bajo su dependencia. Para el efecto, los cónyuges expresarán en el petitorio, bajo juramento, lo antes mencionado y su voluntad definitiva de disolver el vínculo matrimonial, mismo que deberá ser patrocinado por un abogado en libre ejercicio, cumpliendo adicionalmente en la petición, lo previsto en el artículo 107 del Código Civil. El notario mandará que los comparecientes reconozcan sus respectivas firmas y rúbricas y fijará fecha y hora para que tenga lugar la audiencia, dentro de un plazo no menor de sesenta días, en la cual los cónyuges deberán ratificar de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse. El notario levantará un acta de la diligencia en la que declarará disuelto el vínculo matrimonial, de la que debidamente protocolizada, se entregará copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su marginación respectiva; el Registro Civil a su vez, deberá sentar la razón correspondiente de la marginación en una copia certificada de la diligencia, que deberá ser devuelta al notario e incorporada en el protocolo respectivo. El sistema de correo electrónico podrá utilizarse para el trámite de marginación señalada en esta disposición. Los cónyuges podrán comparecer directamente o a través de procuradores especiales. De no realizarse la audiencia en la fecha designada por el notario, los cónyuges podrán solicitar nueva fecha y hora para que tenga lugar la misma, debiendo cumplirse dentro del término de 10 días posteriores a la fecha en la cual debió celebrarse originalmente. De no darse la audiencia, el notario archivará la petición;

23.- Proceder a la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal, para este efecto, sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces de lo civil, los cónyuges o excónyuges, o los convivientes vinculados bajo el régimen de la unión de hecho, según el caso, podrán convenir mediante escritura pública, una vez disuelta la sociedad conyugal o la sociedad de bienes que se haya formado como consecuencia de la unión de hecho, la liquidación de la sociedad de bienes. Este convenio se inscribirá en el Registro de la Propiedad correspondiente cuando la liquidación comprenda bienes inmuebles, y en el Registro Mercantil cuando existieren bienes sujetos a este Registro. Previamente a la inscripción, el notario mediante aviso que se publicará por una sola vez en uno de los periódicos de circulación nacional en la forma prevista en el artículo 82 del Código de Procedimiento Civil, hará conocer la liquidación de la sociedad conyugal o de la sociedad de bienes de la unión de hecho, para los efectos legales consiguientes. Transcurrido el término de veinte días desde la publicación y de no existir

b) Sólo es posible el divorcio notarial cuando no haya hijos menores de edad o que se encuentren bajo la dependencia de los progenitores

c) La regulación del divorcio notarial se asemeja, a mi juicio, al procedimientos judicial español para el divorcio de mutuo acuerdo (art. 777 LECivil). El procedimiento de divorcio se inicia mediante solicitud o petitorio que deberá sr patrocinado por Abogado. En la solicitud declararán bajo juramento las circunstancias precisas para que pueda tramitarse el divorcio notarialmente.

d) Tras la presentación de la solicitud, los contrayentes deberán confirmar su escrito ante el Notario, debiendo ratificarlo *de consuno y de viva voz su voluntad de divorciarse*. La comparecencia de los cónyuges puede ser personar o mediante procuradores con poder especial.

e) La forma documental será el acta notarial. En el acta se declarará disuelto el matrimonio y, tras su protocolización, se entregarán copias certificadas a las partes y se oficiará al Registro Civil para su constancia registral.

f) También se regula específicamente la liquidación de sociedad de bienes o de la sociedad conyugal de los matrimonios y de las uniones de hecho mediante escritura pública , sin perjuicio de la facultad jurisdiccional de los jueces de lo civil.

3 Referencia al divorcio en Europa

Cabe decir que coexisten en Europa diversos sistemas de divorcio, diferenciados entre sí por la admisión o no del divorcio por decisión unilateral de uno de los cónyuges y por el diverso grado de causalización que se aprecia en unos y otros ordenamientos jurídicos. Por otro lado, las legislaciones nacionales no contemplan un tipo único de divorcio sino que normalmente combinan diversas posibilidades.

Hay que destacar, además, que la existencia de los cuatro tipos de divorcio vistos en la Introducción no ha sido compartimentada hasta el extremo de que se produjera un relevo sucesivo de uno por otro con la consiguiente desaparición del anterior, sino que la evolución e incorporación de las novedades ha sido progresiva y en coexistencia con las etapas anteriores. Quizá con la excepción del divorcio sanción en estado puro, se aprecia que el divorcio-quebra y el divorcio por mutuo consentimiento han coexistido hasta nuestros días. Es más, se trata de una coexistencia necesaria mientras no se admita el matrimonio por la mera decisión unilateral de uno sólo de los cónyuges, pues de admitirse sólo el divorcio fundado en el mutuo consentimiento de los cónyuges supondría una limitación intolerable si, llevado a sus últimos extremos, se impidiera en todo caso que uno de los cónyuges pudiera divorciarse sin el consentimiento del otro.

oposición, el notario entará la respectiva razón notarial y dispondrá su inscripción en el registro o registros correspondientes de los lugares en los que se hallaren los inmuebles y bienes objeto de esta liquidación. De presentarse oposición, el notario procederá a protocolizar todo lo actuado y entregará copias a los interesados, para que éstos, de considerarlo procedente, comparezcan a demandar sus pretensiones de derecho ante los jueces competentes.

Desde este punto de vista puede decirse que el divorcio basado en la quiebra de la convivencia equilibra y flexibiliza un hipotético sistema que admitiera exclusivamente el divorcio de mutuo acuerdo, lo que supondría dejar la materia al arbitrio de uno sólo de los cónyuges con el correspondiente peligro de abuso en muchos casos. Permitiéndose el divorcio unilateral por quiebra de la convivencia matrimonial se corrige esa desviación del sistema, aunque serán las mayores o menores exigencias para probar la quiebra de la convivencia las que marquen las diferencias entre los sistemas.

El divorcio de mutuo acuerdo está generalmente admitido en la mayoría de los países europeos, si bien presentan matices según se que se exija o no, además, un periodo previo de separación de duración variable. El divorcio de mutuo acuerdo se combina generalmente con otro a instancia de uno solo de los cónyuges, basado en el cese previo de la convivencia matrimonial, caso en el que suele exigirse mayor periodo de tiempo que si se solicita el divorcio de mutuo acuerdo.

A grandes rasgos pueden clasificarse los diversos sistemas del siguiente modo:

a) Quienes reconocen el divorcio de mutuo acuerdo y el divorcio fundamentado en la quiebra de la convivencia matrimonial, fundado este último en causas tipificadas legalmente que pueden ser subjetivas (comportamiento de los cónyuges) u objetivas (interrupción durante un tiempo de la convivencia matrimonial). Sin perjuicio de que dentro de este grupo pueden apreciarse diferencias basadas en las diversas causas de divorcio reconocidas o en la mayor o menor relevancia que se le de a la culpa), cabe citar dentro del mismo a Francia, Bélgica, Luxemburgo, Italia, Dinamarca, Noruega, Portugal o Austria.

b) Quienes reconocen como única causa del divorcio la quiebra de la convivencia matrimonial y sin que ello suponga culpabilizar el divorcio. Es el caso de Holanda, Suiza, Alemania, Grecia o Inglaterra, sin perjuicio de las peculiaridades que pueden presentar cada uno de los sistemas.

c) Quienes admiten el divorcio por decisión unilateral de uno de los cónyuges sin necesidad de otro motivo o causa. Es el caso de Suecia, Finlandia y España.

Otros criterios de clasificación podría ser el que se fija en la autoridad que declara el divorcio, que generalmente es el Juez. No obstante, cabe mencionar algunos casos de divorcio administrativo en países nórdico europeos. De aprobarse el PLJV, en España se abre la posibilidad del divorcio notarial de mutuo acuerdo como ya hemos visto que sucede en numerosos ordenamientos de Iberoamérica.

V Separación y divorcio notarial en el PLJV.

1 Modificaciones en el articulado.

El PLJV modifica los artículos 82, 83, 84, 87, 89, 90, 93, 95, 97, 99, 100 y 107 del Código Civil. También modifica el artículo 61 de LRC/2011, sobre inscripción en el Registro Civil de la nulidad matrimonial, la separación y el divorcio, y añade el Título VII a la Ley del Notariado, que en su Capítulo II se ocupa específicamente de esta

materia y en su Capítulo I establece reglas generales sobre el tipo de instrumento público que se debe autorizar en cada caso

Concretamente, la separación y el divorcio notarial se introducen en los artículos 82 y 87 CC (P), que habían quedado sin contenido tras la reforma de la Ley 15/2005. Estos artículos tenían que ver con las causas de la separación matrimonial y el divorcio, pero al no exigirse, tras la reforma de la citada Ley, causa objetiva alguna para instar la separación y el divorcio, su contenido perdió su razón de ser. El PLJV aprovecha esta circunstancia para regular en los mismos la separación y el divorcio notarial.

2 Regulación.

Artículo 82 CC (P): «1. También los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. 2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.»

Artículo 87 CC (P): «Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él.»

El artículo 87 CC, que instaura el divorcio notarial, se remite al art. 82 CC, que es quien fija realmente los presupuestos de la separación y el divorcio notarial, conforme al cual cabe señalar lo siguiente, si bien lo relativo al convenio regulador y a la intervención de los hijos mayores de edad se estudiará en apartados independientes.

3 Presupuestos de la separación y el divorcio notarial.

- Se trata en todo caso de una separación o divorcio de mutuo acuerdo.
- Es necesario, como regla general, que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio.
- Ha de documentarse en escritura pública, que ha de reunir los siguientes requisitos: **(i)** voluntad inequívoca de los cónyuges de separarse o divorciarse. **(ii)** Convenio regulador. **(iii)** Intervención personal de los cónyuges. **(iv)** Asistencia letrada. **(v)** Intervención, en su caso, de los hijos mayores de edad o menores emancipados que carezcan de ingresos propios y convivan en el hogar familiar. **(vi)** Que el matrimonio no tenga hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.

De una primera lectura cabe concluir que, en sede judicial, se conocerán obligatoriamente las separaciones y divorcios contenciosos, también los consensuales o de mutuo acuerdo de aquellos matrimonios en los que haya hijos menores no

emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, y aquellos otros que, pudiendo resolverse en sede notarial, los cónyuges optan por la vía judicial. Por tanto, sólo en este último supuesto cabe la vía notarial y de forma concurrente, no excluyente, con la judicial.

Comentamos seguidamente cada una de las notas características indicadas:

3.1 Separación o divorcio de mutuo acuerdo.

El mutuo acuerdo es el presupuesto subjetivo imprescindible para poder optar por la separación o el divorcio notarial. Este mutuo acuerdo no se refiere sólo a la voluntad de querer separarse o divorciarse, sino también a las consecuencias de su decisión, que se deben plasmar en el convenio regulador obligatoriamente. Si hubiera acuerdo en la separación o divorcio pero no en sus consecuencias, no cabe recurrir a la vía notarial.

El procedimiento judicial más próximo al novedoso procedimiento notarial de separación y divorcio es aquel en el que se solicita de mutuo acuerdo por los cónyuges o por uno de ellos con el consentimiento del otro, regulado en el artículo 777 LECivil. En sede notarial, la diferencia entre el divorcio de mutuo acuerdo o el divorcio por decisión unilateral con el consentimiento del otro cónyuge no tiene relevancia práctica, pues el otorgamiento de la escritura ha de hacerse con la intervención personal de los dos cónyuges y el procedimiento notarial es más dinámico que el judicial. No obstante, incluso en sede judicial, esta diferencia entre el mutuo acuerdo y la decisión unilateral consentida se reduce inicialmente al hecho de la presentación de la solicitud en la oficina judicial, pues también en este caso ambos cónyuges deben ratificar la solicitud ante el Secretario Judicial en el plazo de tres días desde que la solicitud fue admitida, según dice el art. 777.3 LECivil.

Admitida y ratificada la solicitud en sede judicial, la diferencia entre una y otra modalidad de divorcio consensual puede encontrarse en la mecánica del procedimiento, pues si el cónyuge que asiente carece de representación procesal será preciso que todas las notificaciones y trámites se entiendan personalmente con él ante la ausencia de dicha representante procesal. Sin embargo, más allá de estas consideraciones adjetivas, tampoco tiene mayor relevancia la distinción entre el divorcio judicial de mutuo acuerdo y el que se solicita por uno sólo de los cónyuges con el consentimiento del otro.

3.2 Elemento temporal.

Es necesario que hayan transcurrido tres meses desde la celebración del matrimonio. Se trata de una fecha cierta, objetiva, que impide la autorización de la escritura mientras no haya transcurrido el plazo, como regla general. Este plazo se cuenta desde la fecha de la celebración del matrimonio, no desde su inscripción, que no es constitutiva, como ya ha quedado expuesto. No se exige convivencia ni requisito alguno que modalice el plazo indicado.

Por otro lado, este plazo es exigible tanto en la separación y divorcio judicial como en el notarial, si bien hay que tener en cuenta que, según el art. 81 CC, no se precisará el transcurso de este plazo "...cuando se acredite la existencia de un riesgo para la vida, la integridad física, la libertad, la integridad moral o libertad e indemnidad sexual del cónyuge demandante o de los hijos de ambos o de cualquiera de los bienes del

matrimonio”. Del texto transcrito se deduce con claridad que se trata de supuestos que no tienen cabida en el divorcio de mutuo acuerdo notarial.

3.3 Escritura pública.

La forma notarial exigida es la escritura pública y no otra. La decisión sobre la forma documental no queda al arbitrio del Notario autorizante conforme al principio de legalidad que preside la actuación notarial. El art. 17 LN delimita el tipo de instrumento público por razón del contenido, lo que se reitera en el art. 49 PLJV:

Artículo 49 LN (P): Los Notarios intervendrán en los expedientes especiales autorizando actas o escrituras públicas: 1º. Cuando el expediente tenga por objeto la declaración de voluntad de quien lo inste o la realización de un acto jurídico que implique prestación de consentimiento, el Notario autorizará una escritura pública. 2º. Cuando el expediente tenga por objeto la constatación o verificación de un hecho, la percepción del mismo, así como sus juicios o calificaciones, el Notario procederá a extender y autorizar un acta.

Además del convenio regulador, la escritura debe recoger expresamente la declaración de voluntad inequívoca de los cónyuges de separarse o divorciarse. Constatada esa voluntad, en el convenio regulador escriturado se concretarán las consecuencias de esa voluntad inequívoca de separarse o divorciarse.

Para autorizar la escritura es preciso que se acrediten al Notario ciertos extremos necesarios para posibilitar la supervisión y control de legalidad que comportan la autorización notarial, según el art. 24 LN:

- Primeramente debe acreditarse el matrimonio de los cónyuges mediante la correspondiente certificación del Registro Civil, que también permitirá comprobar si han transcurrido los tres meses desde la celebración del matrimonio, que es el tiempo mínimo exigido, salvo excepciones, para poder solicitar la separación o el divorcio. (arts. 81 y 86 CC).

- También deben declarar los cónyuges si tienen o no hijos. Caso de haberlos, deberán acreditar sus circunstancias personales mediante la correspondiente certificación del Registro Civil, de modo que pueda conocerse su capacidad y si son mayores o menores de edad, circunstancias estas relevantes para determinar la posibilidad o no del procedimiento notarial.

El artículo 82.2 CC (P) es terminante en este sentido: “...2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores”.

También se exigen estas pruebas en el artículo 772 LECivil cuando la tramitación es judicial: “...2. Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse la certificación de la inscripción del matrimonio y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil, así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil y el documento o documentos en que el cónyuge o cónyuges funden su derecho, incluyendo, en su caso, el acuerdo final alcanzado en el procedimiento de mediación familiar. Si algún hecho relevante no pudiera ser probado mediante documentos, en el mismo escrito se propondrá la prueba de que los cónyuges quieran valerse para acreditarlo...”.

- En caso de atribución de la vivienda familiar, deberán aportar los títulos que acrediten la propiedad o cualquier otro derecho que legitime su uso. Igualmente, en el caso de que se liquide la sociedad conyugal en la escritura de separación o divorcio.

Para concluir este apartado haremos una referencia al control de legalidad notarial al autorizar la escritura de separación o divorcio. El control judicial y notarial tienen, lógicamente diverso alcance, dada la diversa naturaleza de ambas funciones y los diferentes supuestos de divorcio y separación que Jueces y Notarios pueden conocer. Sin embargo, ambas funciones se acercan en este aspecto cuando se trata de separaciones y divorcios de mutuo acuerdo y se trata de homologar o autorizar acuerdos de los cónyuges que les afectan a ellos. El art. 90.2 CC (P) dice al respecto lo siguiente:

Art. 90.2: “...Los acuerdos de los cónyuges adoptados para regular las consecuencias de la nulidad, separación y divorcio presentados ante el órgano judicial serán aprobados por el Juez salvo si son dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Si las partes proponen un régimen visitas y comunicación de los nietos con los abuelos, el Juez podrá aprobarlo previa audiencia de los abuelos en la que éstos presten su consentimiento. La denegación de los acuerdos habrá de hacerse mediante resolución motivada y en este caso los cónyuges deberán someter, a la consideración del Juez, nueva propuesta para su aprobación, si procede.

Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Notario y este considerase que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos afectados, lo advertirá a los otorgantes, quienes expresamente deberán consentir estos acuerdos y dejará constancia en la escritura de haber hecho tal advertencia y del consentimiento prestado”⁵⁰.

La homologación judicial del convenio supone un control de legalidad realizado por la autoridad pública para garantizar los derechos esenciales de los cónyuges y de los hijos. El mayor o menor alcance que se reconozca a dicho control determinará, a su vez, un mayor o menor margen de la autonomía de la voluntad reconocida a los cónyuges. Es una cuestión de equilibrio que no siempre resulta fácil de llevar a la práctica, apreciándose en los últimos años una tendencia favorable al reconocimiento de un mayor margen a la autonomía de la voluntad para dejar limitado el control judicial, esencialmente, a cuestiones referidas a los hijos, mientras que respecto de los cónyuges la opinión oscila entre quienes consideran que se debería suprimir la mención al control judicial y quienes entienden que dicha posibilidad debe quedar limitada a derechos fundamentales de índole personal de los cónyuges pero no a otros pactos⁵¹. Lo cierto es que la reforma de 2005 no ha alterado la redacción del Código en este punto, aunque si habrá que tener en cuenta lo que dice la Exposición de Motivos de la Ley 15/2005 sobre la intervención judicial (que ya hemos puesto anteriormente).

⁵⁰ La redacción dada en el año 1981 fue modificada por la Ley 15/2005, que añadió lo relativo al régimen de visitas y comunicación entre nietos y abuelos. El texto del PLJV fragmenta la unidad del párrafo equivocadamente, a mi juicio, pues deja el párrafo primero desligado de los efectos que produce la no homologación judicial del convenio, que en el Proyecto parece vincularse solamente al régimen de visitas y comunicación de los nietos con los abuelos.

⁵¹ ALFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira. *Código Civil Comentado*. Vol. I. Art. 90, pags. 488 y ss. (Directores: Ana Cañizares Laso. Pedro Pablo Contreras. Javier Orduña Moreno. Rosario Valpuesta Fernández). Ed. Civitas-Thomson Reuters. 2011.

DÍAZ MARTÍNEZ, Ana. *Comentarios al Código Civil*. Tomo 1. Art. 90, pags 887 y ss. (Coord. Rodrigo Bercovit Rodríguez-Cano). Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2013.

CASTILLA BAREA, Margarita. *Tratado de Derecho de Familia*. Vol. II, pags. 345 y ss. (Directores: Mariano Yzquierdo Tolsada y Matilde Cuenca Casas). Ed. Civitas-Thomson Reuters. 2011.

Parece claro que el control judicial referido a los acuerdos entre cónyuges debe comprender (i) la posible vulneración de sus derechos fundamentales, (ii) el incumplimiento de normas imperativas y prohibitivas (iii) así como la existencia de vicios de la voluntad que anulen el consentimiento. Sin embargo, existiendo una voluntad libre y debidamente informada, el control de otros pactos contenido en el convenio puede resultar una intromisión incompatible con el respeto a la libertad individual que corresponde a cualquier persona.

Refiriéndonos ahora al control notarial del convenio, su alcance viene determinado por la propia naturaleza de la función notarial, y en este sentido hay que decir que la autorización de cualquier instrumento público comporta un obligado control notarial de legalidad en el que se comprenden tanto la regularidad formal como la material o sustantiva del acto o negocio autorizado, que es el presupuesto de los efectos y presunciones que se derivan de la fe pública notarial (arts. 17 bis y 24 LN).

Este deber general que se le impone al Notario en cuanto funcionario público queda contemplado específicamente en la escritura de separación o divorcio en dos aspectos: (i) averiguación y constancia expresa de la voluntad inequívoca de separarse. (ii) Que el acuerdo no sea dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos afectados. Si el Notario así lo considera, dejará constancia en la escritura de haber hecho tal advertencia y exigirá de los otorgantes que expresamente los consientan.

Este deber del Notario puede concretarse, a mi juicio, en lo siguiente:

a) Casos de no autorización: (i) No debe autorizar la escritura pública cuando se vulneren derechos fundamentales de los cónyuges, como, por ejemplo, un pacto que limite la libertad de residencia. (ii) Tampoco cabe la autorización cuando objetivamente se vulneren normas imperativas o prohibitivas. (iii) Por supuesto, no debe autorizar la escritura cuando aprecie defecto de capacidad o vicios de la voluntad que impidan un consentimiento libremente prestado e informado. (iv) Además, no puede autorizar la escritura cuando no se cumplan los requisitos previstos por la legislación notarial en general.

b) Casos de autorización pero con advertencia expresa: El Notario debe de autorizar la escritura pero con advertencias expresas y fundamentadas en aquellos casos en que de los pactos del convenio se deriven situaciones que objetivamente no guardan la reciprocidad razonable entre los otorgantes. La advertencia no debe ser genérica, sino que debe expresar sin lugar a dudas las objeciones que se aprecien y también, sin duda alguna, debe quedar expresado el consentimiento de los cónyuges a tales pactos.

Autorizada la escritura pública de separación o divorcio, los acuerdos podrán hacerse efectivos por la vía de apremio, dice el art. 82 CC (P)

3.4 Constancia de la voluntad inequívoca de separarse o divorciarse

Parece un requisito redundante desde el momento en que se otorga una escritura de separación o divorcio notarial. Sin embargo, esta constatación expresa de voluntad parece acorde con la trascendencia personal, familiar y patrimonial que tal decisión

tiene, lo que exige una declaración expresa de voluntad, debidamente informada por el Notario, de asumir las consecuencias que de la separación o divorcio se derivan.

Esta cautela de constancia expresa se puede asimilar a lo que dispone el art. 777 LECivil cuando exige la ratificación de los cónyuges, por separado, de la solicitud de separación o divorcio.

3.5 Intervención personal de los cónyuges.

La intervención de los cónyuges debe ser personal y no cabe la utilización de poderes, pues dice el artículo 82 CC (P) que deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal. Lo mismo sucede en el divorcio consensual en sede judicial pues el art. 777 LECivil dispone que "...3. Admitida la solicitud de separación o divorcio, el Secretario judicial citará a los cónyuges, dentro de los tres días siguientes, para que se ratifiquen por separado en su petición. Si ésta no fuera ratificada por alguno de los cónyuges, el Secretario judicial acordará de inmediato el archivo de las actuaciones, quedando a salvo el derecho de los cónyuges a promover la separación o el divorcio conforme a lo dispuesto en el artículo 770. Contra esta resolución del Secretario judicial podrá interponerse recurso directo de revisión ante el Tribunal...".

Una cuestión de orden menor, pero que en la práctica notarial se produce con frecuencia en la agitada vida actual, es la posibilidad de que el otorgamiento de la escritura por los cónyuges se haga en momentos sucesivos, sin existir unidad de acto. Nada parece que se oponga razonablemente a tal posibilidad, que puede ser aconsejable, incluso, en casos en los que, no obstante existir acuerdo en cuanto al divorcio y sus efectos, la relación personal y directa entre los cónyuges no resulta fácil ni aconsejable. En tales casos de otorgamiento sucesivo no se producirá el efecto de la separación o el divorcio hasta el otorgamiento de la escritura por el segundo cónyuge (arts. 176 y 178 RN). Por otro lado, esta intervención por separado guarda también similitud con la comparecencia separada de ambos cónyuges ante el Secretario Judicial para ratificar la solicitud de separación o divorcio (art. 777.3 LECivil).

Por la misma razón, con los avances tecnológicos actuales cabe admitir la posibilidad de otorgamientos separados, simultáneos incluso, ante dos Notarios, por ejemplo, en caso de vivir los cónyuges en lugares muy distantes. En tales casos deberá cumplirse la asistencia de Letrado a los dos cónyuges y el consentimiento ha de recaer sobre el mismo texto, lo cual estará garantizado por la intervención notarial. En fin, todo este tipo de cuestiones pueden parecer excesivas o forzadas, pero la realidad suele desbordar con frecuencia las previsiones de los textos.

3.6 Asistencia letrada.

¿Qué reflejo documental ha de tener la intervención del Letrado en la escritura? Tratándose de mutuo acuerdo, parece lógico que lo normal será la intervención de un solo Letrado designado por los dos cónyuges, circunstancia ésta que dependerá en último término de lo que decidan. Hay que precisar que esta intervención es obligatoria y que debe producirse precisamente en el momento del otorgamiento de la escritura, pues dice el art. 82 CC (P) que los cónyuges deben intervenir de modo personal en el otorgamiento de la escritura prestando su consentimiento ante Notario sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio.

El Notario autorizante debe cerciorarse de la identidad del Letrado y de que está en ejercicio de su profesión, pues la asistencia letrada es requisito para la regularidad del procedimiento y por ello es obligación del Notario comprobarlos (art. 24 LN). Además, debe hacerse tal comprobación como garantía para los Letrados en ejercicio, evitando suplantaciones e intervenciones de personas que no están legalmente habilitadas lo que supone un daño para la profesión de Abogado. Esta intervención e identificación, cuya constancia debe quedar en la escritura, no supone sin embargo que deba otorgar o consentir el otorgamiento ya que no es parte en el negocio de familia.

3.7 Sin hijos que dependan de sus progenitores: supuestos

La solución que adopta el PLJV no es unánime en el Derecho comparado, como hemos visto. Late en el articulado, como actualmente sucede también, una desconfianza del legislador respecto de los padres que tienen hijos son menores de edad o con capacidad judicialmente modificada, lo que lleva a una judicialización de las relaciones paterno filiales que actualmente parece estar en proceso de revisión. Si el acuerdo de los cónyuges está dentro de los parámetros normales, no parece justificada una intervención judicial a priori, pues la protección de los menores de edad o de las personas con capacidad diferente debe hacerse a posteriori y a la luz del comportamiento de los progenitores. Esta judicialización parece, no obstante, una cuestión indiscutible en el Derecho español actual, en la que confluyen consideraciones de variada índole y que el tiempo irá poniendo en su sitio.

Lógicamente, tal limitación sólo es aplicable respecto de los hijos comunes del matrimonio pero no de aquellos otros que no lo sean, pues las medidas respecto de éstos últimos ya se habrán adoptado en su momento con ocasión de la separación o divorcio de sus padres.

Por otra parte, conviene destacar que los términos empleados por el artículo para referirse a los hijos con capacidad judicialmente modificada se adaptan a las modernas orientaciones en materia de capacidad, concretamente al Convención Internacional sobre protección de los derechos de las personas con discapacidad (aprobado por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006), descartando otros términos hasta ahora empleados en la legislación. Además, el texto no distingue entre diversos grados de modificación judicial de la capacidad, por lo que, si la decisión judicial guarda silencio al respecto, no será posible en ningún caso la separación o el divorcio notarial cuando haya un hijo con capacidad judicialmente modificada y dependa de sus progenitores. No se exige, sin embargo, que haya una convivencia de los hijos en el domicilio familiar, aunque lo lógico es que esa convivencia exista. Sin embargo, independientemente de que vivan o no en el domicilio familiar (cosa que puede no suceder, por ejemplo, en casos de internamiento) no será posible la separación ni el divorcio notarial cuando haya hijos que reúnan las condiciones personales dichas.

También deberán otorgar la escritura los hijos mayores de edad o los menores emancipados para consentir las medidas que les afecten por **(i)** carecer de ingresos propios y **(ii)** convivir en el domicilio familiar.

Los requisitos que ha de darse para que sea exigible la intervención en la escritura de separación o divorcio parecen distintos a los previstos para delimitar los supuestos en que cabe la separación y el divorcio notarial.

Igual que sucede en la separación y divorcio judicial, donde a la demanda se debe acompañar una propuesta de convenio regulador redactado en los términos del art. 90 CC, también en la escritura de separación o divorcio notarial el convenio regulador fijará los efectos de la separación o divorcio en los términos establecidos en el art. 90 CC.

4 Competencia notarial.

En el caso de tramitarse judicialmente la separación o el divorcio, el art. 796.2 LECivil dispone que la competencia judicial para decidir corresponde al Juez del último domicilio común o al del domicilio de cualquiera de los dos cónyuges. Esta previsión resulta lógica si tenemos en cuenta la posibilidad de que la decisión sea adoptada unilateralmente por uno de los dos cónyuges, pero carece de sentido práctico en sede notarial, donde la naturaleza del procedimiento seguido ante Notario se concentra en el momento del otorgamiento y autorización de la escritura de separación o divorcio, sin que se prevea una previa solicitud formal como la que dispone el art. 777 LECivil. Realmente, la rogación notarial queda formulada en el propio instrumento público que es completo y único, por lo que resulta lógico que sea competente el Notario que resulte elegido por ambos cónyuges, lo que por otra parte es coherente con lo previsto en la legislación notarial sobre libre elección (art. 3 RN). El desacuerdo sobre el Notario autorizante hace inviable la separación o el divorcio notarial y deberá reconducirse a la vía judicial.

5 Intervención de los hijos en la escritura: supuestos

La cuestión sobre la intervención en la escritura de separación o divorcio de los hijos mayores de edad o emancipados gira en torno a la interpretación que se deba dar a los artículos 82 y 93 2º CC del PLJV.

Artículo 82 CC (P): «1.... Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar....».

Art. 93 2º CC (P). “El Juez, en todo caso, determinará la contribución de cada progenitor para satisfacer los alimentos y adoptará las medidas convenientes para asegurar la efectividad y acomodación de las prestaciones a las circunstancias económicas y necesidades de los hijos en cada momento.

Si convivieran en el domicilio familiar hijos mayores de edad o emancipados que carecieran de ingresos propios, el Juez, en la misma resolución, fijará los alimentos que sean debidos conforme a los artículos 142 y siguientes de este Código”.

El primer interrogante que ha de resolverse, porque de la respuesta que se le dé dependerá la solución de las las cuestiones que a renglón seguido se plantean, es si estamos ante una materia sobre la que el Juez debe resolver *en todo caso*, como sucede con las contempladas en el párrafo primero del art. 93 CC, o si, por el contrario, es una materia rogada, que no forma parte obligada del convenio regulador.

De considerar que estamos ante una materia sobre la que debe resolverse en todo caso sería lógico concluir, según los artículos reseñados, que la forma notarial de divorcio o de separación dependerá de la voluntad de un tercero ajeno a los cónyuges, que son quienes se divorcian o separan, planteándose inmediatamente numerosos interrogantes, por ejemplo:

- ¿Deberán probar los cónyuges ante el Notario que los hijos mayores de edad o emancipados carecen o no de ingresos propios y conviven o no en el domicilio familiar?
- ¿Cómo se probarían estas circunstancias y con qué medios contaría el Notario, pues se trata de cuestiones que pueden presentar una dificultad notable que exceden de la propia función notarial. La dificultad de prueba se puede comprobar en las numerosas sentencias sobre el particular?
- ¿Bastaría la declaración de los cónyuges para excluir la intervención de los hijos o deberían corroborar los hijos estas declaraciones ante el Notario?.
- ¿Qué ocurre si los hijos se niegan a otorgar la escritura¿ ¿Se debe denegar la autorización y reconducir la separación o el divorcio a la vía judicial?.

Para resolver la cuestión central planteada hemos de detenernos en el origen y la interpretación que se ha dado al párrafo 2º del artículo 93 CC, que fue añadido en la reforma introducida por L. 11/1990, de 15 de octubre. Anteriormente, el artículo 93 CC sólo tenía el párrafo primero que no fue modificado.

Por tanto, hasta la citada reforma de 1990, el derecho de los hijos mayores de edad o emancipados a los alimentos (Arts. 142 y ss CC) no se podía ejercer en el proceso matrimonial de separación o divorcio, sino que debía instarse en el procedimiento judicial correspondiente, que en 1981 era el previstos en los artículos 1609 y ss de la LECivil de 1881, y tras la LECivil/2000 es el juicio verbal previsto en el art. 250.1.8.

Se entendía que no cabía el ejercicio en los procesos de separación o divorcio porque, tratándose de un derecho de los hijos, estos no eran parte en el estos procesos, y, por otro lado, los padres no podían ejercitarlo tampoco en nombre de aquéllos, pues ya no tenían su representación legal al ser mayores de edad o emancipados,

Por tanto, la novedad que supone el párrafo 2º del art. 93 CC es que posibilita que, en sede de separación o divorcio, pueda reclamarse del Juez que fije los alimentos que a estos hijos corresponden conforme a los artículos 142 y ss CC, si necesidad de acudir al juicio verbal correspondiente.

La introducción de esta habilitación procesal plantea seguidamente una serie de cuestiones en los procesos de separación o divorcio, cuya solución es importante también para determinar los efectos de estos artículos en caso de separación o divorcio notarial⁵².

⁵² Una completa exposición de tales cuestiones se puede ver en BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. Los alimentos de los hijos mayores de edad y emancipados. A propósito del artículo 93.2 del Código Civil. REVISTA CRITICA DE DERECHO INMOBILIARIO, Nº 731, mayo 2012, pags. 1568 y ss,

- ¿ Están los hijos legitimados para intervenir en el procedimiento judicial de separación o divorcio de sus padres?.
- ¿ Se trata de una legitimación procesal reconocida sólo a los padres y no extensiva a los hijos, quienes ya cuentan con el cauce procesal propio de la reclamación de alimentos?.
- ¿ Si la legitimación procesal corresponden a los progenitores, se trata de una una legitimación propia o cabe hablar de una legitimación procesal instrumental o indirecta porque tal prestación de alimentos también afecta a su situación patrimonial?.

El TS, Sala de lo Civil, tuvo ocasión de pronunciarse sobre el particular en la S. de 24 de abril de 2000⁵³, cuyo razonamiento es el siguiente:

⁵³ Transcripción literal (parcial) de la Sentencia: "... PRIMERO.- Por el Fiscal se presentó escrito ante esta Sala interponiendo recurso de casación en interés de Ley al amparo de la Disposición Adicional 5ª, letra J) de la Ley 30/1981, de 7 de julio y el artículo 1718 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, contra la sentencia de 5 de julio de 1996, dictada por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Valladolid (166/96), confirmatoria de la dictada por el Juzgado de Primera Instancia Número Tres de Valladolid (993/95), en el proceso de separación matrimonial; en base a un único motivo: "UNICO MOTIVO: Al amparo del art. 1692, nº 4 de la L.E.C., por infracción del art. 93, párrafo segundo del C.C. en relación con el art. 93, párrafo primero, 91 y 92 del C.C., arts. 524 y 533,2º de LEC, y art. 24.1 C.E.".

Exponiendo a continuación los hechos y fundamentos de derecho que estimó aplicables al caso y que son los del tenor literal siguiente:

"ANTECEDENTES: Primero.- Formulada demanda de separación matrimonial por Dª María Rosario contra su marido D. Rubén , a la pretensión principal de separación adicionó aquella la reclamación de alimentos para sus hijos, entre ellos dos mayores de edad que careciendo de recursos propios convivían en la vivienda familiar a su cargo. En el curso del proceso quedaron acreditados estos hechos así como la conformidad de los citados hijos con la reclamación planteada por su madre. Segundo. La Sentencia de 1ª Instancia, entre otros particulares, desestimó la reclamación de alimentos para los hijos mayores de edad al estimar que la actora carecía de legitimación para ejercitar esa pretensión. Apelada la sentencia, la Audiencia Provincial en la citada sentencia de 5 de julio de 1996 desestimando la apelación en ese extremo, confirmó la de 1ª Instancia manteniendo en razonada fundamentación (Fdo. Jdco. 2º) la falta de legitimación de la esposa y madre. Tercero.- En ese extremo del fallo, referido a la decisión judicial sobre la falta de legitimación *ad causam* de la actora en su condición de progenitora, el objeto del presente recurso basado en un presupuesto de hecho indubitado, como es la permanencia en el domicilio familiar de los hijos mayores de edad a cargo de la progenitora y la carencia de recursos propios de aquellos...".

El fallo del Tribunal Supremo dice lo siguiente:

Segundo.- La sentencia recurrida funda su pronunciamiento en una interpretación apegada al texto literal del art. 93, párrafo 2º del Código Civil, en su remisión a los arts. 142 y siguientes del mismo Código, unido a los efectos extintivos que respecto de la representación legal de los hijos por sus padres, tiene la llegada de los primeros a la mayoría de edad. Como señala el Ministerio Fiscal en su escrito de interposición del recurso, que la remisión a los arts.142 y siguientes (remisión excesivamente amplia si se entiende hecha a todos ellos, pues resulta clara la inaplicación de muchos de esos artículos al caso de que ahora se trata) ha de entenderse hecha a los preceptos que regulan el contenido de la prestación alimenticia, por cuanto los supuestos en que procede acordar e imponer esa obligación en la sentencia que recaiga en los procesos matrimoniales, se establecen en el propio art. 9.3, párrafo 2º (convivencia, mayoría de edad y carencia de ingresos propios), sin que, por otra parte en este precepto se establezca norma alguna que modifique la legitimación para ejercitar las acciones de separación, divorcio o nulidad de matrimonio que se reconoce únicamente a los cónyuges (a salvo la legitimación que en determinados supuestos se reconoce al Ministerio Fiscal y a los terceros interesados para ejercitar la acción de nulidad), únicos que pueden promover esta clase de procesos ejercitando aquellas acciones principales así como las accesorias relativas a los llamados "efectos civiles", entre las cuales se encuentra la petición de alimentos para los hijos mayores por el progenitor con quien éstos conviven frente al otro en quien no se da esa

1º En la demanda de separación formulada por la esposa también se reclaman los alimentos para los hijos mayores de edad que conviven con ella, quedando probados en el proceso los requisitos de convivencia y de carencia de recursos propios.

2º Tal petición de alimentos se desestima en la primera instancia y también en la apelación por entender que la esposa carece de legitimación procesal para reclamar los alimentos. Entienden las sentencias que se trata de los alimentos previstos en los arts. 142 y ss CC, los cuales no son objeto del procedimientos matrimonial de separación o divorcio sino de un procedimiento independiente; y que por ser los hijos mayores de edad y haber cesado la representación legal de sus padres, es a ellos a quienes les corresponde su demanda mediante el ejercicio de las acciones procesales pertinentes.

3º Sin embargo, la STS reconoce un interés propio del cónyuge con el que conviven los hijos, que es independiente del que tienen los hijos, fundado en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores:

- La remisión a los artículos 142 y ss CC ha de entenderse realizada a los efectos de determinar el alcance de la obligación de alimentos pero no a los supuestos procesales en que cabe reclamarlos, pues en este punto se ha de estar a lo que dispone el párrafo 2º del art. 93 CC, que posibilita su fijación en los procesos de separación y divorcio.

- El art. 93.2 CC no establece a favor de los hijos modificación alguna en la legitimación para el ejercicio de las acciones de nulidad, separación o divorcio, que sólo corresponden a los cónyuges.

situación de convivencia. El art. 24.1 de la Constitución establece que "todas las personas tienen derecho a obtener la tutela judicial efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de sus derechos e intereses legítimos, sin que, en ningún caso, pueda producirse indefensión" y en similares términos se manifiesta el art.7.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, incluyendo entre los "intereses legítimos", tanto los individuales como los colectivos. Resulta evidente que el texto constitucional posibilita el acceso a la jurisdicción no solo para demandar la tutela de los derechos de que es titular el demandante de tutela judicial sino también a quien acude a los órganos jurisdiccionales invocando intereses legítimos.

Del art.93.2 del Código Civil emerge un **indudable interés del cónyuge con quien conviven los hijos mayores de edad necesitados de alimentos** a que, en la sentencia que pone fin al proceso matrimonial, se establezca la contribución del otro progenitor a la satisfacción de esas necesidades alimenticias de los hijos. Por consecuencia de la ruptura matrimonial el núcleo familiar se escinde, surgiendo una o dos familias monoparentales compuestas por cada progenitor y los hijos que con él quedan conviviendo, sean o no mayores de edad; en esas familias monoparentales, las funciones de dirección y organización de la vida familiar en todos sus aspectos corresponde al progenitor, que si ha de contribuir a satisfacer los alimentos de los hijos mayores de edad que con él conviven, tiene un interés legítimo, jurídicamente digno de protección, a demandar del otro progenitor su contribución a esos alimentos de los hijos mayores. **No puede olvidarse que la posibilidad que establece el art. 93, párrafo 2º del Código Civil de adoptar en la sentencia que recaiga en estos procedimientos matrimoniales, medidas atinentes a los alimentos de los hijos mayores de edad se fundamenta, no en el indudable derecho de esos hijos a exigirlos de sus padres, sino en la situación de convivencia en que se hallan respecto a uno de los progenitores, convivencia que no puede entenderse como el simple hecho de morar en la misma vivienda, sino que se trata de una convivencia familiar en el más estricto sentido del término con lo que la misma comporta entre las personas que la integran. De todo lo expuesto se concluye que el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párrafo 2º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquéllos hijos, en los procesos matrimoniales entre los comunes progenitores.** Al no entenderlo así la sentencia recurrida ha infringido los preceptos invocados por el Ministerio Fiscal en su recurso que, en consecuencia, ha de ser estimado.

- Esta legitimación de los cónyuges se extiende al ejercicio, no solo de las acciones principales, sino también de todas aquellas accesorias relativas a los llamados efectos civiles, entre las que se encuentra la reclamación de alimentos para los hijos mayores o menores emancipados que reúnan los requisitos para ello.

- Concretamente, la legitimación para reclamar la fijación de alimentos corresponde al cónyuge con el que convivan los hijos, pues el art. 93.2 le reconoce un *indudable interés* para ello, interés que la Sentencia califica de *interés legítimo digno de protección*.

- Por tanto, la legitimación procesal del cónyuge conviviente es propia e independiente del indudable derecho que a los hijos se les reconoce en los arts. 142 y ss CC, y se fundamenta en la situación de convivencia con estos hijos. Por ello, concluye la Sentencia, el cónyuge con el cual conviven hijos mayores de edad que se encuentran en la situación de necesidad a que se refiere el art. 93, párrafo 2º, del Código Civil, se halla legitimado para demandar del otro progenitor la contribución de éste a los alimentos de aquéllos hijos, en los procesos matrimoniales.

Según lo visto hasta ahora, se puede afirmar que la modificación que hace el PLJV en el párrafo segundo del art. 93 CC no tiene otro objetivo que contemplar la nueva modalidad de separación o divorcio notarial, pero no cambia sustantivamente el sentido del texto ni las razones que llevaron a su incorporación en 1990 al Código Civil. Por tanto, el art. 82 CC (P) debe interpretarse a la luz del art. 93 CC (P) y cabe concluir lo siguiente:

a) La existencia de hijos mayores de edad o emancipados no determina que el convenio regulador de la separación o el divorcio notarial deba contener obligatoriamente un acuerdo sobre la prestación de alimentos relativa a estos hijos. No se trata de un contenido obligatorio del convenio ni de materia sobre la que deba resolver el Juez *en todo caso* (ex. art. 93. 1º CC)

b) Cabe, sin embargo, que el convenio regulador contenga un acuerdo sobre estos alimentos, pues, tras la redacción del art. 93.2 CC, el progenitor que convive con los hijos está legitimado para reclamarlos y por ello puede plantearlo con ocasión de la separación o divorcio notarial. El desacuerdo sobre este punto impedirá la separación o divorcio en sede notarial, que deberá reconducirse a la judicial.

c) Si el convenio regulador contiene acuerdos al respecto no será hecho impeditivo para autorizar la escritura de separación o divorcio notarial el que los hijos afectados no la otorguen. De no hacerlo, la escritura contendrá un pacto vinculante para los cónyuges otorgantes pero no para los hijos que no hayan firmado, quienes conservarán su derecho a reclamar los alimentos por el cauce procesal oportuno.

d) Aún mas, cabe la posibilidad de que algunos de los hijos firmen la escritura y otros no, posibilidad lógica si tenemos en cuenta que el acuerdo de los cónyuges también vinculará a los hijos que la otorguen (quienes ya no podrán reclamar judicialmente los alimentos), mientras que no afectará a los hijos que no la otorguen, frente a los que el acuerdo será una estipulación a favor de tercero (*ex. art. 1257 CC*), y podrán reclamar judicialmente los alimentos conforme a los arts. 142 y ss CC.

e) Por tanto, entender que la negativa de los hijos a otorgar la escritura suspende la separación y el divorcio notarial no parece razonable y supondría una injerencia de los hijos en el derecho de los padres que han decidido separarse o divorciarse. Si a estos hijos no se les reconoce legitimación procesal para la reclamación de los alimentos en los procesos de separación o divorcio, tampoco se les está reconociendo en el nuevo articulado legitimación para impedir la separación o divorcio notarial de los padres. Entre el derecho personalísimo de los padres a separarse o divorciarse y el derecho de los hijos a los alimentos, el equilibrio se encuentra en resolver que la separación o el divorcio notarial tiene plenos efectos aunque lo acordado en materia de alimentos no afecte a los hijos si no han otorgado la escritura. Estos siempre tienen la posibilidad de reclamarlos judicialmente, como ya ocurría antes de que se añadiera el párrafo 2º del art. 93 CC. Además, a la misma consecuencia se llegaría eliminado del convenio regulador toda referencia a estos alimentos.

6 El convenio regulador.

En este apartado no se trata de estudiar genéricamente el contenido del convenio regulador, sino sólo en la medida precisa para encajar su regulación en la modalidad de separación y divorcio notarial prevista en el PLJV. No obstante, se harán referencia a cuestiones ya tratadas en sede judicial pues delimitan la naturaleza y el contenido de estos convenios e inciden en las soluciones que deban darse en sede notarial.

6.1 Concepto y naturaleza.

El convenio regulador es un negocio jurídico celebrado entre los cónyuges con ocasión de su separación o divorcio para regular los efectos que se derivan de la crisis matrimonial.

Se trata de un negocio jurídico familiar (DIEZ PICAZO y GULLÓN BALLESTEROS, por todos) para autorregular los efectos de la separación o el divorcio pero sometido su contenido al control judicial, quien debe homologarlo o rechazarlo razonadamente.

El convenio propuesto por los cónyuges debe de ser ratificado por ambos ante el juez (ex. art. 777 LECivil), sin perjuicio de que, no obstante dicha ratificación pueda el Juez rechazar su contenido como dice el citado art. 777:

“(…) 7. Concedida la separación o el divorcio, si la sentencia no aprobase en todo o en parte el convenio regulador propuesto, se concederá a las partes un plazo de diez días para proponer nuevo convenio, limitado, en su caso, a los puntos que no hayan sido aprobados por el tribunal. Presentada la propuesta o transcurrido el plazo concedido sin hacerlo, el tribunal dictará auto dentro del tercer día, resolviendo lo procedente.

8. La sentencia que deniegue la separación o el divorcio y el auto que acuerde alguna medida que se aparte de los términos del convenio propuesto por los cónyuges podrán ser recurridos en apelación. El recurso contra el auto que decida sobre las medidas no suspenderá la eficacia de éstas, ni afectará a la firmeza de la sentencia relativa a la separación o al divorcio.

La sentencia o el auto que aprueben en su totalidad la propuesta de convenio sólo podrán ser recurridos, en interés de los hijos menores o incapacitados, por el Ministerio Fiscal.

9. La modificación del convenio regulador o de las medidas acordadas por el tribunal en los procedimientos a que se refiere este artículo se sustanciará conforme a lo dispuesto en el mismo cuando se solicite por ambos cónyuges de común acuerdo o por uno con el consentimiento del otro y con propuesta de nuevo convenio regulador. En otro caso, se estará a lo dispuesto en el artículo 775”.

Por tanto, si bien el convenio regulador supone un claro reconocimiento a la autonomía de la voluntad de los cónyuges, tal autonomía tiene unos límites derivados, tanto del contenido mínimo que ha de tener el convenio (art. 90 CC), como del control que el Juez hace del mismo, especialmente de aquellos acuerdos dañosos para los hijos o gravemente perjudiciales para uno de los cónyuges.

Desde el punto de vista notarial, el convenio regulador es un elemento imprescindible para la reparación o el divorcio ante Notario, pues, como dice el art. 82 CC (P), los cónyuges pueden acordar su separación o divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública.

6.2 Contenido mínimo obligatorio.

El art. 90 CC (P) determina el contenido que obligatoriamente ha de tener el convenio y lo hace de modo similar a lo que actualmente dispone el vigente art. 90 CC. Se trata de una regulación que está pensada para el divorcio y separación en sede judicial, y por ello es necesario adaptarlo al procedimiento notarial.

Art. 90 CC (P): «1. El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:

- a) El cuidado de los hijos sujetos a la patria potestad de ambos, el ejercicio de ésta y, en su caso, el régimen de comunicación y estancia de los hijos con el progenitor que no viva habitualmente con ellos.
- b) Si se considera necesario, el régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos, teniendo en cuenta, siempre, el interés de aquéllos.
- c) La atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar.
- d) La contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso.
- e) La liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.
- f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

En el caso de la separación el divorcio notarial, el convenio no hará mención a los apartados a) y b) por la sencilla razón de que si hay hijos sujetos a patria potestad no cabe la intervención notarial. El resto de los apartados si que deben incluirse en el texto del convenio aunque sólo sea para expresar que no son objeto de acuerdo, bien por no darse los presupuestos para ello (por ejemplo, puede suceder que, dado el poco tiempo transcurrido desde la celebración del matrimonio, nada se pacte sobre el domicilio familiar porque no lo hay en realidad), o bien porque han decidido posponer la decisión para un momento posterior, como puede con la liquidación de la sociedad conyugal. En todos estos casos, a mi juicio, deberá dejarse constancia expresa de esta circunstancia en el convenio, no siendo suficiente con el silencio.

En los siguientes apartados nos detenemos en aquellos contenidos que si deben o pueden ser objeto del convenio regulador contenido en la escritura pública.

6.3 La atribución del uso de la vivienda familiar.

El art. 96 CC regula la atribución del uso de la vivienda familiar en los casos de nulidad, separación o divorcio como medida protectora del interés de la familia y muy especialmente de los hijos menores de edad. No obstante, también contempla la posible atribución del uso al cónyuge no titular de la vivienda aun cuando no haya hijos, lo que

comporta igualmente la posibilidad de tal atribución cuando los hijos sean mayores de edad y convivan en el hogar familiar.

En el caso del divorcio y la separación notarial no se plantearán cuestiones de atribución de uso de la vivienda familiar habiendo hijos menores, pues tales separaciones y divorcios son competencia judicial. No obstante, puede darse el caso de constitución del derecho de uso en escritura pública habiendo hijos menores como ocurrió en la Resolución de 26 de agosto de 2008 (BOE 16 septiembre de 2008), en la que los dos ex cónyuges, en cumplimiento de lo estipulado en el convenio regulador homologado judicialmente, compraron por mitad el usufructo de una vivienda y convinieron que el uso de la misma correspondiera a la ex esposa mientras mantuviera la custodia de los hijos y conviviera con ellos. En casos como este, el derecho de uso se constituye en escritura pero se hace en ejecución de la sentencia de separación o divorcio y ateniéndose a lo que en la misma se haya acordado. .

El convenio regulador de las separaciones y divorcios notariales deberá mencionar obligatoriamente, aunque sea para excluirlo, el derecho de uso de la vivienda familiar, aunque su constitución no sea obligatoria pues depende de la voluntad de los cónyuges como se deriva del párrafo tercero del citado art. 96 CC. Caso de constituirse, parece que deberá fijarse obligatoriamente un plazo de duración sin perjuicio de que se pueda preveer, incluso, una prórroga, pero lo que no parece correcto es dejar indeterminado el plazo de vigencia o constituirlo por tiempo indefinido. La mayor flexibilidad que se observa en el tratamiento de este tema cuando hay hijos menores de edad no debe extenderse a los supuestos de atribución cuando no hay hijos o cuando estos son mayores. Este es el sentido del CC cuando dice que no habiendo hijos, podrá acordarse el uso de tales bienes por el *tiempo que prudencialmente se fije*.

Por otro lado, el acuerdo sobre el uso de la vivienda familiar habiendo hijos mayores de edad o emancipados que carezcan de ingresos propios y convivan en el domicilio familiar es uno de los supuestos que, según el art. 82 CC (P), debe contar con el consentimiento de estos hijos, materia está que ya ha sido tratada en otro apartado de este texto al que nos remitimos.

No obstante la remisión hecha, si conviene reparar en este apartado sobre la titularidad del derecho de uso en el caso de haber hijos mayores de edad. La doctrina del la DGRN ha sido constante hasta fechas recientes en mantener el criterio de que la titularidad del derecho de uso de la vivienda familiar corresponde al cónyuge sin perjuicio de que los hijos tengan la consideración de beneficiarios. Basaba su criterio en que el contenido del derecho de uso comprende fundamentalmente la facultad de usar la vivienda, por un lado, y la facultad limitar las facultades dispositivas del titular de la misma, por otro. En base a ello consideraba que la titularidad del derecho correspondía siempre al cónyuge usuario pues él es quien ha de consentir el acto dispositivo, según resulta del último párrafo del art. 96 CC. Sin embargo, en R. de 19 de mayo de 2012 (BOE 21 de junio de 2012) declara inscribible a nombre de los hijos menores la atribución del uso de la vivienda familiar.

Por tanto, parece que puede acordarse en la escritura la atribución del derecho de uso de la vivienda reconociéndolo, bien a favor del cónyuge, bien a favor de los hijos mayores que convivan con él y carezcan de recursos propios, pero ello no afecta a las

conclusiones a las que se ha llegado en el apartado anterior, pues en todo caso respecto de los hijos se trata de una estipulación a favor de terceros.

En cualquier caso, lo que si resulta imprescindible es que en la escritura quede claramente configurado el derecho de uso se así se ha acordado, teniendo en cuenta para tal caso que la mera fijación en el convenio regulador de un domicilio habitual para el cónyuge y los hijos, sin observar unos mínimos requisitos configuradores del derecho de uso, no supone una efectiva atribución del derecho previsto en el art. 96 CC (R. 18 de noviembre de 2009. BOE 8 de enero 2010)

Por otro lado, la decisión de no atribuir al cónyuge no titular de la vivienda el uso temporal de la misma puede resultar, según las circunstancias concurrentes en cada caso, una medida aparentemente dañosa o gravemente perjudicial para el cónyuge o los hijos afectados, caso en el que resultará de aplicación lo dispuesto en el art. 90 CC (P), debiendo el Notario advertirlo expresamente y recoger el consentimiento expreso del potencialmente perjudicado y de los hijos si comparecen.

Para concluir este apartado resumimos brevemente la doctrina que la DGRN ha venido sentando sobre la naturaleza y alcance de este derecho y que puede ser de interés en la autorización de las escrituras de separación y divorcio notarial⁵⁴:

a) Naturaleza del derecho de uso⁵⁵: el derecho de uso de la vivienda familiar no es un derecho real pues no tiene carácter patrimonial. Se trata de un derecho de carácter familiar que no cabe encajar dogmáticamente en la distinción entre derechos en reales y de crédito, que se refiere sólo a los derechos de tipo patrimonial.

b) Interés protegido con el derecho de uso: el interés familiar, posibilitando la convivencia entre los hijos y el cónyuge con el que conviven y, caso de ser menores, tiene atribuida su custodia.

c) Contenido del derecho de uso: el haz de facultades que genera a favor de su titular comprende básicamente una facultad de ocupación provisional y temporal (STS de 4 de abril de 1997) y el poder de limitar el ejercicio de las facultades dispositivas por parte

⁵⁴ Entre otras, cabe citar las siguientes resoluciones: R. 28 mayo 2005. R. 6 julio 2007. R. 19 septiembre 2007 (BOE 11 octubre 2007). R. 18 enero 2008 (BOE 14 febrero 2008). R. 5 junio 2008. BOE 2 julio 2008. R. 27 agosto 2008. (BOE 16 septiembre 2008). R. 10 octubre 2008. (BOE 7 noviembre 2008). R. 14 mayo 2009. (BOE 9 junio 2009). R. 18 noviembre 2009. (BOE 8 enero 2010). R. 19 julio 2011. BOE 28 noviembre 2011). R. 19 mayo 2012. (BOE 21 junio 2010). Una mas amplia exposición sobre esta materia se puede ver en la página web notariosyregistradores.com, sección Oposición, donde a lo largo de estos último años he venido comentado las resoluciones que sobre el particular se han publicado. Se pueden buscar por la voz “vivienda familiar”.

⁵⁵ Esta cuestión no ha sido pacífica ni jurisprudencial ni doctrinalmente. Baste citar como muestra las siguientes Ss del TS: **a)** S. 18 de octubre de 2004: lo configura como *derecho real familiar de eficacia total, afectado de la temporalidad que refiere el artículo 96, párrafo último del Código Civil*. **b)** La S. de 4 de abril de 1997 pone de manifiesto que su naturaleza real es discutida, pero en cualquier caso es oponible a terceros. **c)** La S. de 14 de diciembre de 2004 lo califica de “ius ad rem”, según cita de Lino Rodríguez Otero (Instituciones de Derecho Hipotecario, T. II, pag. 367). Para este autor, sin embargo, se trata de un verdadero derecho real regulado juntamente con el derecho de habitación en los artículos 523 a 529 CC. **d)** La DGRN (R. de 20 de febrero de 2004) dice que no es propiamente un derecho real, ya que la clasificación entre derechos reales y de crédito es una división de los derechos de carácter patrimonial, y el expresado derecho de uso no tiene tal carácter patrimonial, sino de orden puramente familiar para cuya eficacia se establecen ciertas limitaciones a la disposición de la vivienda.

del ex cónyuge titular del dominio (RDGRN de 25 de octubre de 1999). En cuanto a la limitación de las facultades dispositivas, cabe citar el último párrafo del artículo 96 del Código civil, que prescribe que para disponer de la vivienda familiar cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial.

d) Consecuencias de su catalogación como derecho familiar: (i) Disociación entre la titularidad del derecho y el interés protegido por el mismo: efectivamente, una cosa es el interés protegido por el derecho atribuido y otra la titularidad de tal derecho, que es exclusivamente del cónyuge a cuyo favor se atribuye el mismo. (ii) Consecuentemente con la titularidad, es al cónyuge a quien se atribuye exclusivamente la situación de poder en que el derecho consiste, ya que la limitación a la disposición de la vivienda se remueve con su solo consentimiento. (iii) En consecuencia, no existe en puridad titularidad jurídica a favor de los hijos que son beneficiarios pero no titulares del derecho. No obstante este criterio reiterado en numerosas RR, ya hemos visto anteriormente cómo en la R de 19 de mayo de 2012 admite la titularidad a favor de los hijos, lo que coincide también con el criterio mantenido por los tribunales.

e) Posición del cónyuge propietario y a la vez usuario: se puede decir que hay una confusión de derechos, aunque en sentido estricto no quepa hablar de tal confusión de dos derechos reales porque el uso no lo es. Si como se ha dicho anteriormente el contenido fundamental del derecho de uso viene delimitado por una facultad de usar y otra facultad de limitar las facultades dispositivas del propietario, hay que concluir que el derecho de uso queda extinguido si, como consecuencia de la liquidación de gananciales, la finca sobre la que recae es adjudicada en pleno dominio al cónyuge titular de ese derecho (Sentencia de la Audiencia Provincial de Asturias de 3 de mayo de 2004). Por tanto, en casos como este carece de interés el reflejo registral del derecho de uso judicialmente atribuido a la esposa sobre la vivienda familiar cuando ésta es la titularidad dominical (RDGRN de 6 de julio de 2007, 19 de septiembre de 2007 y 10 de octubre de 2008).

6.4 Liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio.

El art. 90 f) CC (P) habla de liquidar el régimen económico matrimonial *cuando proceda*, lo que da a entender, y así es generalmente admitido, que no se trata de un contenido obligatorio del convenio. En igual sentido se conduce el art. 95 CC (P).

Art. 95 1º CC (P): «La sentencia firme o la escritura pública que formalice el convenio regulador, en su caso, producirá, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto.

Por tanto, la sentencia o la escritura producen *ex lege* la disolución del régimen económico matrimonial (así dice también el art. 1392 CC) pero la liquidación puede posponerse. En caso de posposición, en el convenio se debe hacer referencia al acuerdo de los cónyuges sobre el particular.

De incluirse la liquidación del régimen económico matrimonial en el convenio regulado homologado judicialmente, el testimonio de la sentencia expedido por el Secretario judicial es título bastante para causar la inscripción registral de las adjudicaciones hechas en el convenio.

Esta materia, sin embargo, presenta borrosas fronteras que han motivado múltiples resoluciones de la DGRN intentando delimitar el alcance del convenio regulador como título inscribible a la luz del art. 3 de la LH.

Por tratarse de una materia de indudable interés notarial, nos detenemos seguidamente en su comentario, sirviéndonos para ello la R. de 26 de julio de 2014, que reitera y resume la doctrina el Centro Directivo sobre el particular⁵⁶. En el caso que resuelve la Resolución se liquida en el convenio regulador la vivienda familiar y sus anejos, que se adjudican en propiedad a la esposa, quien asumía el pago del préstamo hipotecario que gravaba la vivienda. La circunstancia que particulariza el supuesto es que se trata de una vivienda que no forma parte de los bienes de la sociedad conyugal porque fue comprada por ambos cónyuges antes del matrimonio, perteneciéndoles por mitad en régimen de condominio ordinario

La discusión se centra en si cabe incluir en la liquidación de la sociedad conyugal un bien perteneciente a los cónyuges en condominio ordinario, o si, por tratarse de un negocio de extinción de condominio, que no es imprescindible para determinar la atribución del uso de la vivienda familiar, tal atribución excede del contenido propio del convenio regulador y debe documentarse en escritura pública.

La DGRN resuelve en el caso concreto que si cabe incluir la adjudicación del bien en el convenio por tratarse de la vivienda familiar, circunstancia ésta que actúa como *vis atractiva* para que pueda ser objeto del convenio:

a) Argumentos de la Resolución son los siguientes:

1º Principio general: El convenio regulador homologado judicialmente en proceso de separación o divorcio es título hábil para inscribir la liquidación del régimen económico matrimonial, pues se trata de un acuerdo de los cónyuges que acontece dentro de la esfera judicial y es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado.

2 Ahora bien, la cuestión radica en delimitar el ámbito propio del convenio regulador en lo que se refiere al régimen económico matrimonial, pues:

-El convenio regulador "...no tiene por objeto, en su aspecto patrimonial, la liquidación del conjunto de relaciones patrimoniales que puedan existir entre los cónyuges sino tan sólo de aquellas derivadas de la vida en común. Así resulta indubitadamente de la regulación legal que restringe el contenido necesario del convenio regulador a la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar y a la liquidación, cuando proceda, del régimen económico matrimonial amén de otras cuestiones como la pensión compensatoria y el sostenimiento a las cargas y alimentos (artículos 90 del Código Civil y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Civil citados en los «Vistos»). Por este motivo, el propio Código restringe la actuación del juez, a falta de acuerdo, a las medidas anteriores (artículo 91), como restringe también la

⁵⁶ Trascibo en este apartado parte de mi comentario a la R. en la página web notariosyregistradores.com, sección Informes mensuales, Informe nº 240.

adopción de medidas cautelares al patrimonio común y a los bienes especialmente afectos al levantamiento de las cargas familiares (artículo 103)”.

- “...Fuera de este ámbito, en vía de principios, las transmisiones adicionales de bienes entre cónyuges, ajenas al procedimiento de liquidación (y tales son las que se refieren a bienes adquiridos por los cónyuges en estado de solteros no especialmente afectos a las cargas del matrimonio), constituyen un negocio independiente, que exige acogerse a la regla general de escritura pública para su formalización”.

- Por tanto, el convenio regulador no puede amparar dentro de la liquidación del régimen económico matrimonial negocios jurídicos cuya “causa negocial sea ajena a la liquidación del patrimonio común adquirido en atención al matrimonio”.

Sin embargo, la DGRN entiende en este caso que la causa de la adjudicación de la vivienda no es ajena a la liquidación del régimen económico matrimonial porque se trata de la vivienda familiar, lo que determina, viene a decir, que a la causa onerosa propia de la extinción de condominio se le superpone “una causa familiar propia de la solución de la crisis matrimonial objeto del convenio”, concluyendo lo siguiente: (i) “...No cabe duda de que la liquidación de los bienes adquiridos por los cónyuges en consideración a su vida en común es cuestión que debe incluirse en los efectos del cese de esa vida en común. Con mayor razón en el caso que nos ocupa, por tratarse de la vivienda familiar”. (ii) “...No hay razón para excluir la posibilidad de que el convenio regulador incluya la adjudicación de la vivienda familiar, que es uno de los aspectos que afecta al interés más necesitado de protección en la situación de crisis familiar planteada y que no es dañosa para los hijos ni gravemente perjudicial para uno de los cónyuges...”.

b) Comentario.

1º Esta Resolución se suma a las -ya numerosas- dictadas sobre el mismo tema en los últimos años. Además de tratarse de una materia que presenta límites borrosos, lo cierto es que la argumentación de las resoluciones, excesiva y poco ordenada, a mi juicio, no contribuye a que se puedan sentar criterios claros. Por eso la calificación del Registrador que ha sido recurrida tiene su razón de ser.

2º Pueden señalarse como coordenadas esenciales que delimitan el tema las siguientes:

- Contenido obligatorio del convenio regulador: la atribución del uso de la vivienda familiar (art. 90.C del CC) es contenido obligado del convenio regulador, de modo que su inclusión o no en el mismo queda fuera del ámbito de disponibilidad de los cónyuges y excluido de la justicia rogada, pues el Juez ha de resolver sobre el particular en todo caso, como resulta del art. 91 CC). Tal atribución se contempla en el CC separadamente de la liquidación de los bienes comunes por cuanto se trata de un derecho de naturaleza familiar e independiente de la propiedad o titularidad existente sobre la vivienda familiar.

- Sin embargo, no es contenido obligatorio del convenio regulador la liquidación del régimen económico matrimonial, como generalmente se viene interpretando -jurisprudencial y doctrinalmente- el texto del art. 90 E) CC cuando dice que el convenio regulador contendrá la *liquidación cuando proceda del régimen económico del matrimonio*.

En el mismo sentido hay que entender el párrafo primero del art. 95 CC cuando dice que *la sentencia firme producirá respecto de los bienes del matrimonio la disolución del régimen económico matrimonial*, es decir, que la liquidación del mismo no es consecuencia necesaria u obligada de la separación o el divorcio.

También hay que decir que, en la práctica diaria, no es extraño que los cónyuges otorguen escritura pública de capitulaciones matrimoniales pactando el régimen de separación de bienes y liquidando los gananciales antes de iniciar el procedimiento de separación o divorcio.

Por tanto, la reiterada doctrina de la DGRN que afirma que la liquidación del régimen económico matrimonial “es presupuesto necesario de la misma sentencia modificativa del estado de casado” ha de matizarse por cuanto no es contenido obligado del convenio regulador.

3º Si la liquidación del régimen económico matrimonial no es presupuesto necesario en todo caso de la separación o el divorcio, sino sólo cuando se haya planteado por los cónyuges en el proceso; y si la atribución del uso de la vivienda familiar discurre al margen del derecho de propiedad sobre la misma, habrá que concluir que la adjudicación en propiedad de la vivienda familiar dentro del convenio regulador deberá limitarse a los casos en que proceda tal liquidación en sentido estricto, es decir, cuando se trata de extinguir una situación de cotitularidad existente sobre la vivienda familiar. Por tanto, fuera de los casos de cotitularidad de los cónyuges sobre la vivienda familiar no cabe que la transmisión de la misma sea objeto del convenio, que debe limitarse a la atribución de su uso.

4º Admitida la premisa anterior, cabe discurrir ahora sobre si la liquidación de la cotitularidad en el convenio regulador sólo es posible cuando se trata de una adquisición constante el matrimonio, o si también es posible cuando la cotitularidad deriva, incluso, de una adquisición anterior al matrimonio, que es el caso cuestionado en la resolución.

La DGRN contesta que es posible la extinción de este condominio prematrimonial por el dato decisivo de estar destinada la vivienda en cuestión a domicilio familiar, lo que determina que el negocio de adjudicación tenga naturaleza y causa familiar que justifican su inclusión en el convenio. Como dice también la R. de 1 de julio de 2014 (BOE 1 de agosto de 2014)) “...forma parte de las operaciones de liquidación la atribución de la vivienda familiar incluso en el supuesto de que su titularidad pertenezca por mitades a los cónyuges por adquisición realizada antes del matrimonio, pues en este supuesto su evidente afección a las necesidades del matrimonio justifica sobradamente su inclusión junto a los bienes adquiridos constante el régimen matrimonial (Resoluciones de 11 de abril y 7 de julio de 2012).

5º Por último, desde el punto de vista documental, hay que tener en cuenta que el convenio regulador es un título privado que se reviste por la homologación judicial del

carácter de documento público sólo en aquellas materias a las que se extiende *ex lege* la homologación judicial, pero no comprende aquellas otras que, aun incluidas en el convenio, exceden del contenido que le es propio y respecto de las que el convenio sigue siendo un pacto privado.

En este sentido, es clara la citada R. de 1 de julio de 2014 cuando dice que “...es de tener en cuenta que el convenio privado entre las partes, en lo que no es su contenido típico, no queda elevado a público por el hecho de que el juez apruebe lo que constituye su contenido legal. Fuera de lo que constituye su objeto se siguen las reglas generales y las partes pueden compelerse a elevar a público, en la forma determinada por el ordenamiento jurídico y de acuerdo a los procedimientos legales específicamente previstos, lo que constituyen acuerdos privados (vid. Resolución de 26 de junio de 2013). De otro modo se estaría utilizando un procedimiento que tiene un objeto determinado para el ejercicio de acciones y pretensiones distintas, que deben conocerse por el juez que tenga atribuida la competencia y por el procedimiento correspondiente (cfr. artículos 44 y siguientes, 249, 250, 769 y 770 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y sin perjuicio de la posibilidad del ejercicio simultáneo de la acción de división de la cosa común respecto de bienes que tengan los cónyuges en comunidad ordinaria indivisa, conforme a la nueva redacción dada al artículo 438 número 3.4.^a de la citada Ley de ritos por el apartado doce de la disposición final tercera de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles). Como ha reiterado este Centro Directivo la existencia dentro del convenio de negocios complejos, en el que la toma de menos por un cónyuge del remanente común se compensa con adjudicación de bienes privativos del otro cónyuge o, simplemente, negocios adicionales a la liquidación, independientes jurídicamente de ésta, con su propia causa, deben tener su reflejo documental, pero no puede pretenderse su inscripción por el mero hecho de que consten en el convenio regulador de la separación o divorcio cuyo contenido propio es un negocio que es exclusivamente de liquidación del régimen económico matrimonial (cfr. artículos 1.397 y 1.404 del Código Civil y 18 de la Ley Hipotecaria)...”.

c) Conclusiones

1º El contenido propio del convenio regulador es la liquidación de aquellos bienes adquiridos constante el matrimonio y pertenecientes a la comunidad conyugal

2º Es asimilable al caso anterior la liquidación del condominio ordinario de los bienes adquiridos constante el matrimonio por los cónyuges casados en régimen de separación de bienes, pues la liquidación del régimen económico matrimonial no se limita a la liquidación de los gananciales sino que comprende la de cualquier régimen económico matrimonial ([R.29 de octubre de 2008](#). BOE 19 de noviembre de 2008. [R. 5 septiembre 2012](#). BOE 11 octubre 2012. [R. 7 julio 2012](#). BOE 20 septiembre 2012)

3º La posibilidad de incluir un bien perteneciente a los cónyuges pro indiviso pero adquirido por los cónyuges antes de la celebración del matrimonio solo cabe en aquellos casos en que deba ser considerado bien consorcial por destino, es decir, por tener la consideración de vivienda familiar.

4º No cabe incluir en el convenio un bien adquirido por uno de los cónyuges que se adjudica en proindiviso al otro y a los hijos. Al no haber bien común que dividir, dicha

adjudicación representa un negocio adicional con su propia causa, que debería documentarse en escritura pública. ([R. 5 de agosto de 2011](#). BOE 14 de octubre de 2011).

5º No cabe que en el convenio regulador uno de los cónyuges venda un bien al otro ([R.3 de mayo de 2010](#). BOE 21 de junio de 2010).

6º No cabe una aportación a gananciales y posterior liquidación de la sociedad de gananciales documentado todo ello en convenio regulador aprobado judicialmente en el marco de un proceso de divorcio ([R. 19 de enero de 2011](#). BOE 1 de abril de 2011. [R 13 de junio de 2011](#). BOE 5 de julio de 2011).

6.5 Pensión compensatoria: artículo 97 CC.

Art. 90 f) CC (P). “El convenio regulador a que se refieren los artículos 81, 82, 86 y 87 deberá contener, al menos y siempre que fueran aplicables, los siguientes extremos:.....f) La pensión que conforme al artículo 97 correspondiere satisfacer, en su caso, a uno de los cónyuges.

6.5.1 Ámbito de la pensión.

El texto del PLJV tiene igual redacción que la actualmente en vigor y la pensión a que se refiere es la contemplada en el art. 97 CC para los casos en los que la separación o el divorcio produzcan un desequilibrio económico para uno de los cónyuges en relación con la posición del otro, de modo “que impliquen un empeoramiento en su situación anterior al matrimonio”. Se trata, pues, de una pensión compensatoria del desequilibrio que se estima producido por la separación o el divorcio.

La STS 10 febrero 2005 delimita el ámbito de la pensión del siguiente modo:

“...El art. 97 CC dispone que "el cónyuge al que la separación o divorcio produzca desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tiene derecho a una pensión que se fijará en la resolución judicial, teniendo en cuenta, entre otras, las siguientes circunstancias:". Del precepto se deduce que la pensión compensatoria tiene una finalidad reequilibradora. Responde a un presupuesto básico: el efectivo desequilibrio económico, producido con motivo de la separación o el divorcio (no en la nulidad matrimonial), en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento económico en relación con la situación existente constante matrimonio. Como se afirma en la doctrina, el presupuesto esencial estriba en la desigualdad que resulta de la confrontación entre las condiciones económicas de cada uno, antes y después de la ruptura. No hay que probar la existencia de necesidad -el cónyuge más desfavorecido en la ruptura de la relación puede ser acreedor de la pensión aunque tenga medios suficientes para mantenerse por sí mismo-, pero sí ha de probarse que se ha sufrido un empeoramiento en su situación económica en relación a la que disfrutaba en el matrimonio y respecto a la posición que disfrutaba el otro cónyuge. Pero tampoco se trata de equiparar económicamente los patrimonios, porque no significa paridad o igualdad absoluto entre dos patrimonios...”.

6.5.2 Notas delimitadoras

Se trata de una pensión de naturaleza compensatoria y de una medida que no forma parte del contenido obligatorio del convenio regulador.

a) Se dice que tiene naturaleza compensatoria por las siguientes notas destacadas por la reseñada Sentencia: **(i)** Ha de existir un efectivo desequilibrio económico motivado por la separación o el divorcio. **(ii)** Su fundamento se encuentra en la desigualdad entre

las condiciones económicas de cada cónyuge antes y después del divorcio o la separación. (iii) No se fundamenta en la necesidad del cónyuge demandante, que pueda reclamarla sin tener que probar necesidad alguna y aunque tenga medios suficientes de vida. (iv) No obstante, no pretende lograr una igualdad entre los patrimonios de ambos cónyuges

b) Esta pensión compensatoria no forma parte del contenido obligatorio del convenio regulador, sino que, tanto la reclamación por uno de los cónyuges, como la fijación de mutuo, quedan dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad de los interesados. Dada su naturaleza rogada, parece que los presupuestos exigidos para su fijación serán aplicables cuando no exista acuerdo entre los cónyuges (ex. art. 97 CC), pues, de haberlo, habrá que estar a lo convenido libremente por ellos.

6.5.3 El convenio regulador notarial.

El PLJV contempla la posibilidad de que tal pensión compensatoria se fije en el convenio regulador autorizado en escritura notarial, lo que necesariamente implica un acuerdo entre los contrayentes:

a) Si hay acuerdo, en la escritura pública debe quedar constancia del mismo, tanto si los cónyuges convienen que no procede pensión compensatoria alguna, como si convienen que si procede. En este último caso, en el convenio se fijará el alcance de la pensión, que puede consistir en una prestación única o periódica, caso este último en el que habrá de fijarse la periodicidad de la pensión, las garantías para su efectividad, el lugar y la forma de pago, aplicándose en estos extremos las normas generales del CC en materia de obligaciones. Además, puede ser temporal o indefinida, posibilidad que expresamente se recoge en el CC tras la reforma producida por la L. 15/2005, precedida de la doctrina del Tribunal Supremo (STS 10 febrero 2005), que resuelve la jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales⁵⁷.

Art. 97 parrafo último CC (P): “En la resolución judicial o en la escritura pública que formalice el convenio regulador se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad”.

b) Si no hay acuerdo entre los cónyuges y uno de ellos reclama la pensión, entonces no será posible la separación o el divorcio en sede natural y deberá sustanciarse en la esfera judicial, si bien hay que tener en cuenta que la fijación de esta pensión compensatoria es materia de justicia rogada, de modo que el Juez resolverá sobre el particular sólo cuando se solicite. De no pedirse pensión compensatoria no habrá pronunciamiento judicial sobre este punto.

6.5.4 Modificación de la pensión.

Art. 100 CC (P): “Fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o de divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen.

La pensión y las bases de actualización fijadas en el convenio regulador formalizado en escritura pública podrán modificarse mediante nuevo convenio, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código, otorgado en escritura pública o aprobado judicialmente”.

⁵⁷ Ver ROCA TRÍAS, Encarna. Op. cit. Pag. 530

El párrafo primero es muy similar al texto actualmente vigente, respecto del que suprime la exigencia de que las alteraciones en la fortuna sean “sustanciales”, sustituyendo esta expresión por la de *alteraciones en la fortuna de uno u otro cónyuge que así lo aconsejen*. Este párrafo está redactado sobre la base de una separación o divorcio judicial, que es la única posibilidad a fecha de hoy, y que la petición de modificación se hace de forma unilateral por falta de acuerdo de los interesados. El párrafo segundo es nuevo y consecuencia de la posibilidad de separación o divorcio en sede notarial.

Una primera lectura puede conducir a la conclusión de que la modificación de la pensión que ha quedado fijada en la separación o divorcio judicial sólo puede ser modificada judicialmente, bien contenciosamente, bien de mutuo acuerdo entre los cónyuges. Por el contrario, la pensión fijada en escritura pública podrá ser modificada de mutuo acuerdo, bien en nueva escritura pública, o bien en convenio homologado judicialmente.

Esta conclusión es, a mi juicio, equivocada considerando que se trata de una materia que está dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y de la justicia rogada. Por tanto, si tenemos en cuenta lo dicho y que en el PLJV se regula la separación y el divorcio notarial, y que la escritura que lo documenta tiene efectos ejecutivos, una escritura modificativa de lo inicialmente fijado también producirá los mismos efectos, y, tratándose de una materia disponible por voluntad de los interesados, parece que no hay inconveniente en que dicha modificación pueda llevarse a cabo notarialmente aun cuando la fijación inicial se hubiera producido en sede judicial.

En el párrafo primero se sustituye la exigencia de que las modificaciones sean *sustanciales* en la fortuna de uno u otro cónyuge por la locución. En el párrafo segundo se contempla la modificación de la pensión fijada en la separación o divorcio notarial, que exigirá nuevo convenio en escritura pública u homologado judicialmente⁵⁸.

Interesa destacar ahora la interpretación que debe darse al nuevo texto. La modificación que se contempla es aplicable tanto a la pensión compensatoria fijada en divorcio contencioso como a la fijada en divorcio judicial consensual. En ambos casos, se parte del presupuesto de que la modificación de la pensión la solicita unilateralmente uno de los cónyuges sin el acuerdo del otro. En estos casos, sólo cabe la solución judicial que se sustanciara por lo establecido en los artículo 770 y 775 LECivil.

Por esta razón, no debe ser aplicadas esta previsión a los casos en que la modificación de la pensión inicial sea de mutuo acuerdo, caso en el que la modificación puede otorgarse en escritura pública, cualquiera sea la forma judicial o notarial de la separación o el divorcio. Se trata de una materia disponible por los cónyuges y rogada desde el punto de vista judicial, razón por la que nada impide que por iniciativa de los interesados la rogación sea notarial y no judicial. En cualquier caso, en la escritura deben de observarse los requisitos del art. 82 CC.

⁵⁸ Este predominio de la autonomía de la voluntad ha llevado a cuestionar la posibilidad de que, incluso, se pudiera convenir sobre la pensión antes del matrimonio y con vista a una futura separación o divorcio, posibilidad legalmente contemplada en el art. 231.30 del CC de Cataluña. (veo este artículo para fundamentar la renunciabilidad del Derecho).

Por último, en materia de pensión también resulta modificado el art. 99 CC (P) para adaptarlo a la modalidad notarial de separación y divorcio.

Art. 99 CC (P). “En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión fijada judicialmente o por convenio regulador formalizado en escritura pública artículo 97 por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero.»

7 Modificación del convenio regulador.

Art. 90.3 CC (P). Las medidas que el Juez adopte en defecto de acuerdo o las convenidas por los cónyuges judicialmente, podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el Juez, cuando así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges. Las medidas que hubieran sido convenidas en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código formalizado en escritura pública o aprobado judicialmente.

a) El primer inciso del artículo se ocupa de la modificación de las medidas adoptadas en el proceso judicial, haya sido este contencioso o de mutuo acuerdo. Se trata de una modificación que también puede sustanciarse de manera contenciosa o de mutuo acuerdo (art. 775 LECivil), como resulta del texto cuando dice que “podrán ser modificadas judicialmente o por nuevo convenio aprobado por el juez”.

Por otro lado, la posibilidad de la modificación se sujeta al hecho de que “así lo aconsejen las nuevas necesidades de los hijos o el cambio de las circunstancias de los cónyuges”, lo que ha planteado dudas sobre su aplicación cuando la modificación tiene su causa en el acuerdo de los dos cónyuges, pues más bien parece que está pensando en la modificación instada por uno de ellos contra la voluntad del otro, caso para el que se marcan unos criterios generales al Juez para decidir sobre la modificación solicitada. En casos de mutuo acuerdo parece que el control judicial debe de ser más flexible y limitarse a las modificaciones que afecten a los intereses de los hijos menores u otros de especial protección, pero no a las que afectan exclusivamente a los cónyuges.

Relacionado con lo ahora dicho, se cuestiona la Doctrina y la Jurisprudencia sobre la posibilidad de que determinadas medidas del convenio sean modificadas de mutuo acuerdo por los interesados sin intervención judicial, posibilidad ésta que se ha planteado, por ejemplo, en sede notarial. Actualmente, la eficacia de este tipo de acuerdos documentados en escritura pública parece generalmente admitida siempre que tengan por objeto materias que, por su naturaleza, sean disponibles por los cónyuges, como sucede, por ejemplo, con acuerdos de orden patrimonial que no afecten a los hijos menores. En este sentido se pronuncian, entre otros autores, AFONSO RODRIGUEZ⁵⁹ y DÍAZ MARTÍNEZ⁶⁰.

Destaca AFONSO RODRIGUEZ cómo la evolución jurisprudencial en este punto ha evolucionado desde un momento inicial, en el que se negaba la validez de tales acuerdos, por considerarlos contrarios al orden público, al momento actual, en el que se admite su validez cuando el acuerdo recae sobre materias económicas o patrimoniales al

⁵⁹ AFONSO RODRÍGEZ María Elvira, pags 488 y ss. *Op.cit* en BIBLIOGRAFÍA

⁶⁰ DÍAZ MARTÍNEZ, Ana., pags. 887 y ss. *Op. cit.* en BIBLIOGRAFÍA.

margen de los hijos menores. También la DGRN ha seguido este criterio en la R.de 1 de septiembre de 1998.

b) El segundo inciso es nuevo porque se refiere a la modificación de lo pactado en la escritura pública de separación o divorcio. Tal modificación se hará en escritura pública que ha de cumplir los mismos requisitos exigidos para el otorgamiento de la escritura de separación o divorcio, art. 82 CC (P). Ante el acuerdo de las partes no cabe exigir que acrediten que hay nuevas necesidades o cambio de circunstancias de los cónyuges.

¿Cabe que el convenio homologado judicialmente pueda modificarse mediante escritura? Aunque a primera vista pudiera parecer que la modificación de las medidas adoptadas en sede judicial debiera ser aprobada en todo el caso por el Juez, tal conclusión no es lógica si consideramos, por una parte, lo dicho sobre la evolución jurisprudencial sobre los acuerdos extrajudiciales, y por otro, el nuevo contexto que se abre con la separación y el divorcio notarial.

Partiendo de este nuevo contexto parece lógico pensar que el inciso primero del art. 93 CC (P), cuando exige la intervención judicial, está contemplando la separación y el divorcio que sólo son posibles en vía judicial, bien por falta de acuerdo, bien por haber hijos menores, y de ahí la referencia expresa a las nuevas necesidades de los hijos. Por tanto, cuando la separación o divorcio judicial hubieran podido residenciarse en vía notarial por las circunstancias objetivas concurrentes, parece que la modificación de tales medidas pueda llevarse a cabo de mutuo acuerdo ante Notario aunque la separación o el divorcio se hubieran tramitado judicialmente.

Incluso tratándose se separaciones o divorcios que sólo hubieran podido sustanciarse en sede judicial, también cabe la modificación de las medidas mediante escritura pública en los términos que actualmente ya son admitidos por la jurisprudencia, cuando afecten a materias de índole patrimonial y que no afecten a los hijos menores. Aún más, con la modificación que introduce el PLJV cabe plantear si lo convenido en dichas escritura podrá hacerse efectivo por la vía de apremio conforme a lo previsto en el art. 90.2 CC párrafo último (P).

¿Ha de autorizar la escritura de modificación el mismo Notario que autorizó la separación o divorcio? La contestación negativa parece clara, pues deben aplicarse, al igual que en el caso de la separación o divorcio, las reglas generales de la función notarial, criterio este acorde, por otra parte, con lo que parece ser la tendencia jurisprudencial cuando de separación o divorcio judicial se trata. Señala en este punto ANA DÍAZ MARTÍNEZ⁶¹ que tiene declarado el Tribunal Supremo que la competencia para conocer las medidas de modificación no corresponde necesariamente al tribunal que las adoptó (STS 8 febrero 2007), debiendo aplicarse en estos casos el criterio general previsto en el art. 769 LECivil.

¿Qué ocurre cuando la modificación sea pretendida por uno sólo de los cónyuges en base a unas condiciones objetivas y comprobables fijadas en la escritura de separación o divorcio? ¿La falta de acuerdo del otro interesado impedirá la ejecución de lo acordado debiendo reconducir necesariamente la solución a la vía judicial? En mi opinión, como regla general, lo acordado podrá hacerse efectivo en vía de apremio conforme al art. 90

⁶¹ DIAZ MARTÍNEZ, Ana. *Op. cit.* pag 918.

CC (P), pues se trata de un acuerdo adoptado en el convenio regulador contenido en la escritura pública conforme a lo previsto en el art. 82 CC (P). La única forma de impedir la modificación prevista sería recurrir a la decisión judicial alegando un cambio de las circunstancias de los cónyuges en los términos previstos en el art. 93 CC (P).

VI La reconciliación

El actual art. 84 CC resulta modificado en el PLJV para dar entrada a la reconciliación de los cónyuges separados notarialmente. Aprovecha el texto para decir también que la inscripción de la reconciliación es obligatoria y que no producirá efectos frente a terceros la reconciliación no inscrita. En punto a la inscripción no cabe más que reiterar lo dicho al hablar de la inscripción del matrimonio y de los efectos frente a terceros de buena o de mala fe.

Art. 84 CC (P):

“La reconciliación pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido en el litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación a los hijos, cuando exista causa que lo justifique.

Cuando la separación hubiere tenido lugar sin intervención judicial, en la forma prevista en el artículo 82, la reconciliación deberá formalizarse en escritura pública o acta de manifestaciones.

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

Lógicamente, la reconciliación es una posibilidad sólo predicable de la separación matrimonial pero no del divorcio, pues éste extingue el vínculo matrimonio. Cuando la separación ha sido notarial, la reconciliación de los cónyuges debe hacerse ante Notario, bien en escritura pública, bien mediante acta notarial de referencia o manifestaciones.

La escritura pública parece medio más idóneo que el acta sobretodo cuando, además de reflejar la voluntad de reconciliarse, los cónyuges modifican o matizan las consecuencias de la separación previamente acordada. El acta ha de ser de manifestaciones porque la reconciliación no consiste en el hecho de volver a vivir juntos sino en la voluntad o decisión de volver a vivir juntos. Por tanto, el hecho de vivir es una consecuencia de la voluntad de querer hacerlo, y eso precisamente es lo que se recoge en el acta o la escritura. En cuanto a los requisitos del instrumento público que se autorice serán los generales de la legislación notarial y las específicas de las escrituras de separación que resulten aplicables al caso. Indudablemente debe quedar reflejada la voluntad inequívoca de los cónyuges de querer reanudar la convivencia matrimonial.

También cabe que notarialmente se refleje la reconciliación de los cónyuges separados mediante sentencia judicial, caso en el que deberá el Notario notificar de oficio al Juez competente. En tales casos no parece que sea exigible la notificación por separado que exige con carácter general el párrafo primero del art. 90 CC cuando regula la notificación hecha por los contrayentes al Juez de su voluntad de reconciliarse. Esta exigencia parece tener como finalidad la de garantizar que la decisión responde a una voluntad libre de ambos cónyuges, por lo que, manifestada ante Notario, tal cautela ya no se necesita por virtud del control que en tal sentido supone la intervención notarial, y de ahí que tampoco se exija en el párrafo segundo para el caso de la reconciliación de una previa separación en sede notarial.

Autorizada la reconciliación notarialmente, la notificación al Registro Civil se hará de oficio en los términos previstos para las inscripciones de separación y divorcio en el art. 61 LRC (P)

VII Inscripción de la separación y el divorcio.

Al igual que sucede con el matrimonio, las inscripciones de separación y divorcio no tienen efectos constitutivos, por lo que vale lo dicho al hablar de la inscripción del matrimonio. La redacción dada por el PLJV a los artículos 83 CC (referido a la separación) y 89 CC (referido al divorcio) refuerzan aún más el carácter no constitutivo de la inscripción pues así lo dicen expresamente. En el mismo sentido hay que destacar el art. 90. CC (P).

Art. 83 CC (P).

«La sentencia de separación o el otorgamiento de la escritura pública del convenio regulador que la determine producen la suspensión de la vida común de los casados y cesa la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica.

Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia que así la declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82. Se remitirá testimonio de la sentencia o copia de la escritura pública al Registro Civil para su inscripción, sin que, hasta que ésta tenga lugar, se produzcan plenos efectos frente a terceros de buena fe.»

Art. 89 CC (P)

“Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil”»

Art. 90 CC (último párrafo) (P)

Desde la aprobación judicial o el otorgamiento de la escritura pública, podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio.

También resulta modificado el art. 61 LRC/2011, aunque tal modificación no se debe a otra razón que la de incorporar la separación y el divorcio notarial.

Art. 61 LRC (P):

«El Secretario judicial del Juzgado o Tribunal que hubiera dictado la resolución judicial firme de separación, nulidad o divorcio deberá remitir en el mismo día o al siguiente hábil y por medios electrónicos testimonio de la misma a la Oficina General del Registro Civil, la cual practicará de forma inmediata la correspondiente inscripción. Las resoluciones judiciales que resuelvan sobre la nulidad, separación y divorcio podrán ser objeto de anotación hasta que adquieran firmeza.

La misma obligación tendrá el Notario que hubiera autorizado la escritura pública formalizando un convenio regulador de separación o divorcio.

Las resoluciones judiciales o las escrituras públicas que modifiquen las inicialmente adoptadas o convenidas también deberán ser inscritas en el Registro Civil.

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

Junto a estas inscripciones hay que tener en cuenta que también deberá inscribirse en el Registro Civil la reconciliación de los cónyuges para su eficacia frente a terceros, dice el art. 84 CC (P).

CONCLUSIONES

Primera.

Las modificaciones introducidas en el Derecho español por la Ley 13/2005, de 1 de julio de 2005 modifican el concepto tradicional e históricamente acuñado del matrimonio. Sin embargo, estas modificaciones tienen cabida en el marco constitucional, según doctrina del Tribunal Constitucional..

Segunda.

Matrimonio y familia son bienes constitucionales diferentes. La familia matrimonial no constituye el paradigma del modelo constitucional de familia. Hay un nuevo concepto de matrimonio, considerado como “sociedad de ayuda mutua entre dos personas que poseen idéntica posición en el seno de esta institución, y que voluntariamente deciden unirse en un proyecto de vida familiar común, prestando su consentimiento respecto de los derechos y deberes que conforman la institución y manifestándolo expresamente mediante las formalidades establecidas en el ordenamiento

Tercera

La jurisdicción voluntaria comprende un ámbito jurídico de protección, garantía y tutela de los derechos del ciudadano. Esta tutela que el Estado está obligado a garantizar se articula bien por medio de la tutela judicial, bien mediante la tutela administrativa que están llamados a prestar los Secretarios Judiciales, Notarios y Registradores de la Propiedad y Mercantiles, *como protagonistas principales que son de nuestro sistema de fe pública y garantes de la seguridad jurídica*, dice la Exposición de Motivos.

Cuarto

La intervención del Estado en materia de jurisdicción voluntaria se justifica porque *están en juego intereses de gran relevancia dentro de la esfera personal y patrimonial de las personas*, y la jurisdicción voluntaria se concibe como *cauce de actuación y de efectividad de determinados derechos regulados en el Código Civil, en el Código de Comercio y en la legislación especial de Derecho privado*.

Quinto.

El Proyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria parte acertadamente de una clara distribución de competencias por razón de la función que desarrolla cada una de las instituciones implicadas, asignando a cada una las materias más próximas a su respectiva función para procurar una respuesta más pronta al ciudadano y evitar

solapamientos innecesarios. Todo ello en consideración a que por *la naturaleza del interés o del derecho en juego* hacen que fuera *constitucionalmente exigible encargarse de la tramitación de dicha materia* a la institución respectiva.

Sexto.

Es criticable que el PLJV incida en la judicialización de la separación y el divorcio cuando en el matrimonio haya hijos menores de edad o con capacidad judicialmente modificada. Esta opción, que resulta incuestionable en ciertos ámbitos de la Judicatura y Doctrina españolas, no es unánime en el Derecho comparado. Late en el articulado la desconfianza del legislador respecto de los padres, planteamiento éste que actualmente parece estar en proceso de revisión.

Si el acuerdo de los padres está dentro de los parámetros normales no parece justificada una intervención judicial a priori, pues la protección de los hijos debe hacerse a posteriori y a la luz del comportamiento de los progenitores. Esta judicialización parece, no obstante, una cuestión indiscutible en el Derecho español actual, en la que confluyen consideraciones de variada índole y que el tiempo irá poniendo en su sitio.

Séptimo.

La negativa de los hijos mayores de edad o emancipados a otorgar la escritura de separación o divorcio no puede impedir su otorgamiento por los padres. La conclusión contraría supondría una injerencia de los hijos en la esfera personal de los padres carente de fundamento, pues siempre tendrán la posibilidad de reclamar judicialmente los que por alimentos les corresponda. Los precedentes legislativos avalan esta conclusión.

Octavo

Debe ser revisado el sistema de recurso previstos en el Proyecto contra la resolución del expediente matrimonial, suprimiendo el recurso ante el Encargado del Registro Civil contra las decisiones de los Secretarios Judiciales y Notarios (art. 57.7 LRC).

Todos los recursos deben ser tramitados directamente ante la Dirección General de los Registros y de Notariado. Es lógico que las decisiones de quienes comparten la misma función se revisen por el mismo órgano, en este caso la Dirección General de los Registros y del Notariado. Lo contrario comporta una duplicidad innecesaria cuando quien resuelve el expediente sea el Secretario del Ayuntamiento o el Notario, pues el ciudadano debe recurrir ante el Encargado del Registro Civil y, sucesivamente, de confirmar éste el criterio del instructor, queda obligado a recurrir a una segunda instancia. Lo lógico es que en todo caso baste con un solo recurso ante la DGRN.

Novena

La inscripción del matrimonio, la separación y el divorcio no es constitutiva. Sien embargo se refuerza le hecho de la inscripción mediante las nuevas tecnologías a través de las remisiones de oficio que se deben hacer inmediatamente después de celebrados, declarados o autorizados los actos de que se trate.

Se echa en falta que se refuerce esta vía de comunicación previendo también similares remisiones por los Encargados del Registro Civil una vez practicados los respectivos asientos.

Décima.

Se refuerza la publicidad del régimen económico matrimonial, de modo que para los matrimonios que se celebren tras la entrada en vigor de la ley la publicidad del régimen económico matrimonial supletorio derivará, como regla general, de su constancia en el expediente matrimonial, frente a la situación actual en la que la publicidad se deriva de la presunción legal.

BIBLIOGRAFÍA

Código Civil comentado. Obra colectiva. Vol I. Directores: Ana Cañizares Laso, Javier Orduña Moreno, Pedro Pablo Contreras y Rosario Valpuesta Fernández. Ed. Civitas Thomson Reuters 2011.

- DE PABLO CONTRERAS, Pablo. Comentario art. 44 y ss.
- DURÁN RIVACOBIA, Ramón. Comentario arts. 49 y 50 y 59 a 65.
- VENTURA VENTURA, José Manuel. Comentario arts. 368 y ss.
- AFONSO RODRÍGUEZ, María Elvira. Comentario arts 90-93.
- ROCA TRÍAS, Encarna. Comentario arts. 96 y 97.
- NAVARRO MIRANDA, José Ramón. Comentario arts.99-101.

Derecho de Familia. Obra colectiva. Coord. Gema Díez-Picazo Giménez. Ed. Civitas Thomson Reuters. 2012.

- ARANA DE LA FUENTE, Isabel, “*Concepto y función social del matrimonio. Los sistemas matrimoniales. La promesa de matrimonio*”. Pags. 165 y ss.
- AGUADO RENEDO, César. “*Familia, matrimonio y Constitución española*”, Pags.,. 77 y ss.
- MARTÍN SÁNCHEZ, Isidora. “*Los sistemas matrimoniales. El sistema español*”. Pags. 271 yss.
- CRESPO MORA María Carmen. “*La celebración del matrimonio*”. Pags. 401 y ss.
- FERNÁNDEZ-GIL VIEGA, Isabel. “*Efectos comunes a los procesos de nulidad, separación y divorcio*”. Pags. 1343 y ss.

- FERNÁNDEZ-TRESGUERRES, Ana. “*Aproximación al derecho Internacional Privado de la Familia*”.

Comentarios al Código Civil. Obra colectiva. Tomo I. Director Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia, 2013.

- DIAZ MARTÍNEZ, Ana. Comentarios al articulado. Pags 887 y ss
- GARCÍAMARTÍN ALFÉREZ, Francisco J. Comentarios al articulado. Pags. 1109 y ss
- HEREDIA CERVANTES, Iván. Comentarios al articulado.

Comentarios a las reformas de Familia. Obra colectiva. Ed. Tecnos, 1984.

- ROCA TRÍAS, Encarna. Comentario arts. 90 a 101.
- PUIG FERRIOL, Luis. Comentario arts. 49 y ss y 81 a 84.
- CODERCH PABLO, Salvador. Comentario arts. 44 a 48.

Comentario del Código Civil. Obra Colectiva. Directores: Cándido Paz-Ares Rodríguez, Rodrigo Bercovitz, Pablo Salvador Coderch y Luis Díez Picazo y Ponce de León. Ministerio de Justicia, 1991.

- ROCA TRÍAS, Encarna. Comentario art 96.
- DÍEZ DEL CORRAL RIVAS, Jesús. Comentarios arts. 61 y ss.

Tratado de Derecho de Familia. Obra colectiva. Vol. I. “Derecho de Familia y Derecho de la Familia. La relación jurídica Familiar”. Directores: Mariano Yzquierdo Tosada y Matilde Cuenca Casas. Ed. Aranzadi Thomson Reuters. 2011

- ALONSO PÉREZ, Mariano. “*La familia y el derecho de familia*”, pags. 51 y ss.
- DE PABLO CONTRERAS, Pedro. “*Matrimonio civil y sistema matrimonial*”, pags. 429 y ss.
- SERRANO GÓMEZ, Eduardo. “*La celebración del matrimonio*”, pags, 539 y ss.

Tratado de Derecho de Familia. Obra colectiva. Vol. II. “Derecho de Familia y Derecho de la Familia. La relación jurídica Familiar”. Directores: Mariano Yzquierdo Tosada y Matilde Cuenca Casas. Ed. Aranzadi Thomson Reuters. 2011

- CASTILLA BAREA, Margarita y CABEZUELO ARENAS, Ana Laura. “*Disposiciones comunes a la nulidad, separación y divorcio*”, pags. 465 y ss.
- CASTILLA BAREA, Margarita. “*La disolución del matrimonio. El divorcio.* Pags. 225 y ss

BERROCAL LANZAROT, Ana Isabel. “*Los alimentos de los hijos mayores de edad y emancipados. A propósito del artículo 93.2 del Código Civil*”. Revista Critica de Derecho Inmobiliario, Nº 731, mayo 2012, pags. 1568 y ss

CAMPO GÜERRI, Miguel Angel. “*La competencia notarial en asuntos no contenciosos*”, pags, 513 y ss. Revista Jurídica del Notariado. Número X. Extraordinario. 2010

CERDEIRA BRAVO DE LA MANSILLA, Guillermo. “*Matrimonio y Constitución. Presente y posible futuro*”. Ed. Reus S.A. Madrid 2013.

DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, Manuel. “*La autonomía de la voluntad en el Derecho de Familia*”. Boletín de Información de la Academia Granadina del Notariado. I. Colegio notarial de Granada. 1986.

FERNANDEZ BUJÁN, Antonio. *Reflexiones y propuestas a propósito de la futura Ley de Jurisdicción Voluntaria*. Revista Jurídica del Notariado, Nº 79, Julio-Septiembre 2011, pags. 177 y ss

GARCÍA DE BLAS, María Luisa. “*El matrimonio, realidad social e institución jurídica*”, pags. 19 y ss. T. IV. Familia. Vol I. Obra colectiva. Coord. Gral Juan Francisco Delgado de Miguel. Consejo General del Notariado. Ed. Civitas. 20^o1

GÓMEZ-FERRER SAPIÑA, Rafael. “*Ejercicio de la jurisdicción voluntaria por el Notario*”, pags. 9 yss. Revista Jurídica del Notariado. Extraordinario. II 1993

PARRA LUCAN, María Ángeles. “*Autonomía de la voluntad y Derecho de Familia*, Tomo I, pags. 97 y ss. “*Autonomía de la voluntad en el Derecho Privado*”. Coord. Gral. Lorenzo Prats Alventosa. Ed. Wolters JKluwer España S.A y Consejo General del Notariado.

PERELLO AGUSTINA, María José. “*Actas de notoriedad. Supuestos de aplicación. Tramitación. Valor probatorio*”. Pâgs. 623 y ss. Obra colectiva. “*Derecho Notarial*”. Coord. Joaquín Borrel. Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2011.

RIERA ÁLVAREZ, José Antonio.

- “*Vivienda familiar y crisis de la convivencia*”, pags. 899 y ss. Obra colectiva. “*Homenaje a Víctor Manuel Garrido palma*. Coord. José Carlos Sánchez González, Francisco Javier Gardezabal del Río y Pedro José Garrdio Chamorro. Consejo General del Notariado. Ed. Civitas-Thomson Reutes. 2010.

- Página web notariosyregistradores.com, sección Informes mensuales, Informe nº 240.

ZEJALBO MARTÍN, Joaquin. “*El matrimonio ante Notario: antecedentes históricos de una realidad actual*”. Se puede consultar este documentado estudio en la pagina web notariosyregistradores.com, sección Doctrina

José Antonio Riera Álvarez
Notario
Octubre de 2014