

La escritura de separación o divorcio

Antonio Ángel Longo Martínez
Notario de Barcelona

SUMARIO

- I. LA COMPETENCIA NOTARIAL
- II. REQUISITOS SUBJETIVOS Y FORMALES
- III. CONTENIDO DE LA ESCRITURA
- IV. EFICACIA E INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA
- V. MODIFICACIÓN DEL CONVENIO
- VI. FORMA Y EFECTOS DE LA RECONCILIACIÓN
- VII. CONFLICTO DE LEYES

Entre las nuevas funciones atribuidas al Notario por la reciente Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria (LJV), se encuentra la de autorizar, en determinados casos, escrituras de separación matrimonial o divorcio. La materia no es extraña al Notario, pues los pactos entre cónyuges, usualmente en las conocidas capitulaciones matrimoniales, forman parte desde antiguo de su actividad, como también, desde época más reciente, aquellos que se estipulan en previsión de una futura ruptura. Sin olvidar la intervención notarial en la constitución y extinción de las cada vez más habituales parejas de hecho.

En este trabajo, vamos a intentar una aproximación a esta nueva función y a los requisitos y peculiaridades de la misma que el Notario habrá de tener en cuenta, asu-



miendo que, como suele ser habitual ante una nueva normativa, su estudio va haciendo surgir dudas que no siempre vamos a estar en condiciones de resolver.

I. LA COMPETENCIA NOTARIAL

Junto con la separación o divorcio judicial, la LJV instaura ahora una nueva forma,

mediante el expediente tramitado ante Secretario Judicial o ante Notario, dando al efecto nueva redacción al art. 82.1 del Código Civil español (CC), que se complementa con lo previsto en el art. 54.1 LN⁽¹⁾, según el cual, si los cónyuges deciden acudir a la vía notarial, deberán formalizar el convenio regulador en escritura pública, prestando su consentimiento ante el Notario del último

FICHA TÉCNICA



Resumen: La Ley 15/2015, de 2 de julio, de jurisdicción voluntaria, atribuye al Notario las nuevas funciones de autorizar, en determinados casos, escrituras de separación matrimonial o divorcio. La materia no resulta extraña al Notario. En este trabajo, nos aproximaremos a esta nueva función y a los requisitos y peculiaridades de la misma que el Notario habrá de tener en cuenta, asumiendo que, como suele ser habitual ante una nueva normativa, su estudio va haciendo surgir dudas que no siempre vamos a estar en condiciones de resolver.

Palabras clave: Jurisdicción voluntaria, escritura pública de separación, escritura pública de divorcio, notarios.

Abstract: The Law 15/2015, from July 2, concerning voluntary jurisdiction attributes to the Notary Public the new duties of authorizing, in specific cases, deeds of separation of marriages or of divorce. The subject is not foreign to the Notary Public. In this article, we will examine close-up this new duty, and its requirements and specific features that the Notary Public will have to take into consideration, assuming that, as it usually the case with a new regulation, studying it will give rise to questions that we will not always be in a position to resolve.

Keywords: Voluntary jurisdiction, public deed of separation, public deed of divorce, notaries public.

domicilio común o el del domicilio o la residencia habitual de cualquiera de ellos.

Hay que empezar por tener en cuenta, con carácter previo, que la competencia del Notario está sujeta, en aquellos casos con elemento de internacionalidad, esto es, cuando alguno o los dos cónyuges posean nacionalidad o residencia en algún país extranjero, a que la misma le venga reconocida por las normas internacionales, que, en este caso, se contienen en el **Reglamento (CE) 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003** (conocido como Reglamento Bruselas II bis), relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, el cual se aplica a todo procedimiento de separación o divorcio seguido ante autoridad de los Estados Miembros, judicial o no, con competencia en las materias que entran en su ámbito de aplicación (arts. 1 y 2).

El art. 3 de dicho Reglamento establece como puntos de conexión el de la residencia habitual (con distintos requisitos, en función de si es común o no) y el de la nacionalidad común de los cónyuges⁽²⁾, criterios que tienen carácter alternativo, sin preferencia entre ellos, según ha dejado claro la STJUE C168-08, de 16 de julio de 2009, asunto *Adadi*. Prescindiendo de eventuales matizaciones diferenciadoras entre los conceptos *residencia habitual* y *domicilio*, el primer punto de conexión sería coincidente con el que se recoge en relación con la separación o divorcio notarial en el citado

art. 54.1 LN. Sin embargo, quedaría fuera de la competencia notarial, de acuerdo con este artículo, el supuesto de cónyuges españoles que residan en el extranjero y no hayan tenido en ningún momento domicilio común en España. Hay que plantearse, dada la prevalencia de las normas europeas frente al Derecho interno, si realmente el Notario no podría autorizar la escritura de separación o divorcio en estos casos, cuando, por el contrario, los tribunales españoles sí podrían conocer del asunto. A falta de pronunciamiento por parte de la Dirección General de los Registros y del Notariado, parecería razonable la respuesta afirmativa, si al menos uno de los cónyuges ha tenido con anterioridad domicilio en España, el cual determinaría, a nuestro entender, la correspondiente competencia notarial.

Por lo demás, cabe destacar que, dándose alguno de los puntos de conexión previstos en el Reglamento, dicha competencia se extiende al supuesto en que alguno de los cónyuges no sea nacional de un Estado Miembro, tal y como resulta de la STJUE C-68/07, de 29 de noviembre de 2007, asunto *Sundelind*. Señala ANA QUIÑONES, comentando dicha sentencia, que «*la "conexión comunitaria" (si necesaria) la ofrece la jurisdicción del Estado Miembro ante la que se plantea el asunto. El que el esposo demandado sea nacional o resida en un Estado Miembro (demandado comunitario) no es un criterio de aplicabilidad. Tampoco es un criterio de no aplicabilidad el que el demandado sea nacional y residente en un Estado tercero. El Juez de cada Estado Miembro aplica, simplemente, el reglamento a los divorcios "in-*

ternacionales"»⁽³⁾. Este criterio ya había sido seguido por los tribunales bajo la vigencia del anterior Reglamento (CE) 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo; así, en la SAP Murcia 1286/2003, de 12 de mayo, en un caso de divorcio de dos cónyuges de nacionalidad marroquí.

El Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los cónyuges podrá autorizar la escritura de separación o divorcio de los mismos, si concurren determinados requisitos y con independencia de cuál sea la nacionalidad de dichos cónyuges

De acuerdo con ello, podrá el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los cónyuges autorizar la escritura de separación o divorcio de los mismos, si concurren los requisitos que ahora repasaremos en relación con mutuo acuerdo e hijos, con independencia de cuál sea la nacionalidad de dichos cónyuges. Otra cuestión es cuál será la normativa sustantiva aplicable, cuestión a la que nos referiremos más adelante.

II. REQUISITOS SUBJETIVOS Y FORMALES

1. Requisitos subjetivos

- El primero es que el matrimonio se haya celebrado con una antelación mínima de tres meses a la formalización de la separación matrimonial o el divorcio [arts. 82.1, párrafo primero, y 87 CC⁽⁴⁾].
- El segundo es la inexistencia de hijos que [art. 82.2 CC y art. 54.1 LN⁽⁵⁾]:
 - a) Sean menores no emancipados, o
 - b) Tengan la capacidad modificada judicialmente y dependan de los cónyuges.

En mi opinión, la norma se refiere a hijos comunes del matrimonio, excluyendo el caso de aquellos que pudieren ser de uno solo de los cónyuges, respecto de los cuales las obligaciones derivadas de la relación paternofamiliar no parece que hayan de influir



en el contenido del acuerdo de divorcio o separación del progenitor y su cónyuge.

Por el contrario, sí que deben tenerse en cuenta dichas obligaciones a la hora de valorar el supuesto de existencia de un *nasciturus* y la protección que la ley le brinda al mismo (art. 29.2 CC), por lo que, si los cónyuges confirman dicha situación, el supuesto debe entenderse, a mi juicio, equiparable al de existencia de hijos menores de edad, y el divorcio o la separación ha de tramitarse judicialmente.

2. Requisitos formales

Se refiere el art. 54.3 LN a «la **solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública**» diciendo que «se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil y en esta ley». Advirtiéndose, por tanto, que no hablamos todavía de la normativa sustantiva aplicable al contenido del acuerdo, podemos esquematizar las reglas o los principios a los que hay que atender en este punto de la siguiente forma:

A) Se trata de una escritura pública (art. 54.1 LN, y arts. 82.1 y 87.1 CC)

Queda excluida, por tanto, la mera protocolización del convenio suscrito en documento privado, en ocasiones solicitada por las partes, caso en el que no se dan los requisitos que se exigen para la separación o divorcio notarial, que exigen una auténtica «prestación de consentimiento» (art. 54.1 LN) de la que se derive la «voluntad inequívoca» de dar lugar a la separación o divorcio (art. 82.1 CC y, por remisión al mismo, art. 87 CC).

B) Intervención personal de los cónyuges [art. 82.1, párrafo segundo CC⁽⁶⁾]

Entiendo que se determina con esta exigencia el carácter personalísimo del acto, en el que no cabe la representación. A diferencia de la celebración del matrimonio, para la que el art. 55 CC permite el apoderamiento, no se contempla dicha opción para la separación o divorcio. Hay que tener en cuenta que, en el «matrimonio por poder», lo que se da realmente es la intervención de un *nuntius* que se limita a la prestación del consentimiento matrimonial, habiendo sido todos los demás trámites realizados personalmente por el contrayente. En la separación o divorcio ante Notario, sin embargo, el procedimiento o expediente se prevé

en un solo acto, el del otorgamiento de la escritura, que la ley exige que sea personal.

Esa misma razón y la necesidad de autorización judicial excluyen, a mi modo de ver, la posibilidad de que el tutor del incapacitado le represente en una separación o divorcio notarial, para lo que (con referencia, obviamente, al ámbito judicial, único entonces posible) sí le legitima la STC 311/2000, de 18 de diciembre.

Debemos, por lo demás, plantearnos en este punto si el otorgamiento ha de ser conjunto o por separado. La pregunta tiene origen en lo dispuesto para el caso de separación o divorcio judicial en el art. 777 LEC, según el cual la solicitud de separación o divorcio presentada de mutuo acuerdo deberá ser ratificada por los cónyuges por separado, dentro de los tres días siguientes a su admisión, quedando de otro modo inmediatamente archivadas las actuaciones.

La comparecencia de los cónyuges por separado ante Notario está también prevista en el art. 231-20 del Codi Civil de Catalunya (CCCat) en relación con la escritura que documente los pactos en previsión de ruptura matrimonial. Ciertamente es un supuesto en el que el asesoramiento legal recae enteramente sobre el Notario, puesto que no se exige la intervención de Letrado. Pero sí se exige dicha intervención en la separación o divorcio ante el Juez, y, sin embargo, como hemos visto, ello no excusa la ratificación por separado.

Es conveniente mantener la comparecencia de los cónyuges por separado, en orden a reforzar las garantías de un consentimiento libremente prestado e incluso la mejor información al Notario respecto de aquellos puntos del convenio que pudieren suscitarle cualquier tipo de dudas

Todo lo cual conduce, a mi juicio, a la conveniencia de mantener dicha comparecencia de los cónyuges por separado, en orden a reforzar las garantías de un consentimiento libremente prestado e incluso la mejor información al Notario respecto de aquellos puntos del convenio que pudieren suscitarle cualquier tipo de dudas.

C) Asistencia de Letrado en ejercicio [art. 54.2 LN y art. 82.1, párrafo segundo CC⁽⁷⁾]

Es una cuestión que plantea también algunos interrogantes.

El primero haría referencia a si cabe la asistencia de un único Letrado («en ejercicio», recordemos) para ambos cónyuges, o si debe cada uno de ellos recibir asistencia letrada independiente.

El art. 750.2 LEC señala que: «En los procedimientos de separación o divorcio solicitado de común acuerdo por los cónyuges, estos podrán valerse de **una sola defensa y representación**». Sin embargo, hay autores a los que ha planteado dudas deontológicas el hecho de que el convenio pueda ser redactado por un único Abogado⁽⁸⁾. Y, adelantando ya que no parece que en este ámbito el Notario pueda imponer lo que la ley no exige, hay que reconocer que la cuestión no deja de ser discutible, cuando el asesoramiento independiente viene, efectivamente, previsto legalmente en supuestos muy relacionados con esta materia. Así, el art. 233-5 CCCat, al referirse a los «pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador», tras decir que los mismos vinculan a los cónyuges, señala que, si se hubieran adoptado «sin asistencia letrada, **independiente para cada uno de los cónyuges**, pueden dejarse sin efecto, a instancia de cualquiera de ellos, durante los tres meses siguientes a la fecha en que son adoptados y, como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda o, si procede, de la reconvencción en el proceso matrimonial en que se pretendan hacer valer». Incluso cuando se trate de pactos acordados durante la convivencia, pero en previsión de una ruptura de la misma, la ley prevé ese asesoramiento independiente, en este caso, por parte del Notario, en el art. 231-20-2 CCCat⁽⁹⁾.

En todo caso, entiendo que la asistencia del Letrado no es simplemente «compañía» a los cónyuges en el otorgamiento, sino que el mismo deberá suscribir también la escritura no solo como prueba de su efectiva presencia, sino también de esa debida «asistencia», reflejada en la asunción de la autoría material del convenio con base en la voluntad informada de los cónyuges.



D) Consentimiento de los hijos mayores o menores emancipados respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar (art. 82.1, párrafo segundo CC)

Este es un requisito cuya interpretación puede ser delicada. Que una eventual negativa del hijo pueda suponer la imposibilidad de la separación o divorcio notarial se antoja algo desproporcionado, ante la voluntad común de los cónyuges en contrario, y no parece que deba ser esa la consecuencia, cuando el consentimiento que la norma exige, de hecho, lo es «*respecto de las medidas que le afecten*». Sin embargo, tampoco queda claro si el único efecto de la negativa por parte del hijo ha de ser la no eficacia frente al mismo del pacto en cuestión, sin perjuicio de su validez entre los cónyuges. Hasta que esta cuestión sea resuelta, entiendo que el Notario no debería autorizar la escritura sin el consentimiento del hijo.

E) Documentación a aportar

Nada se nos dice al respecto, pero puede servir de referencia lo previsto en el art. 777 LEC en relación con el procedimiento judicial, señalando el número 2 de dicho artículo que:

Al escrito por el que se promueva el procedimiento deberá acompañarse:

a) *La certificación de la inscripción del matrimonio.*

b) *Y, en su caso, las de inscripción de nacimiento de los hijos en el Registro Civil (recuérdese que puede haber hijos mayores de edad afectados).*

c) *Así como la propuesta de convenio regulador conforme a lo establecido en la legislación civil.*

d) *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 quieren valerse para acreditarlo.

Entre los documentos a que se refiere esta letra, habrá que entender incluida, en su caso, la escritura de pactos en previsión de una ruptura matrimonial otorgados de acuerdo con lo previsto en el art. 231-20 CC-Cat⁽¹⁰⁾, o de pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador (233-5), cuando los cónyuges pretendan dar eficacia a los mismos mediante su incorporación al convenio.

Ello obligaría a tener en cuenta la normativa aplicable a tales pactos, y así:

— En cuanto a los regulados en el art. 231-20, deberá comprobarse que se otorga

con treinta o más días de antelación a la celebración del matrimonio.

Del mismo modo, convendrá confirmar que el mutuo acuerdo salva los requisitos de eficacia a que se refieren los números 4 y 5⁽¹¹⁾ de dicho artículo.

— Por lo que se refiere a los pactos adoptados después de la ruptura de la convivencia que no formen parte de una propuesta de convenio regulador (233-5), recordemos lo antes señalado respecto de la necesidad de que se hayan otorgado con asistencia letrada, independiente para cada uno de los cónyuges, pues, de lo contrario, cualquiera de ellos tendría derecho a dejarlos sin efecto, durante los tres meses siguientes a su fecha y, como máximo, hasta el momento de la contestación de la demanda (que habrá que entender equivalente al de la firma de la escritura, en nuestro caso).

E) Resolución

Tratándose de un expediente tramitado ante Juez o Secretario Judicial, dispone el art. 83 CC que: «*Los efectos de la separación matrimonial se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así la declare*»; sin embargo, en caso de separación o divorcio ante Notario, dichos efectos, sigue diciendo la misma norma, se producirán «*desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 82*».

La escritura pública constituye un requisito de forma *ad solemnitatem*, sin el cual no hay tal separación o divorcio. Pero, otorgada dicha escritura, es el consentimiento de los cónyuges el que determina la existencia y los efectos de la separación o divorcio, sin necesidad aparente de declaración alguna al respecto por parte del Notario

La escritura pública constituye, por tanto, en este caso, un requisito de forma *ad solemnitatem*, sin el cual no hay tal separación o divorcio. Pero, otorgada dicha escritura, es el consentimiento de los cónyuges el que determina la existencia y los efectos



de la separación o divorcio, sin necesidad aparente de declaración alguna al respecto por parte del Notario.

Esta es una cuestión de la que, sin embargo, no deja de derivarse alguna duda, cuando menos desde el punto de vista procedimental. El art. 19 LJV señala que, en los casos en que la competencia corresponda al Juez o al Secretario Judicial: «*El expediente se resolverá por medio de auto o decreto [...] en el plazo de cinco días a contar desde la terminación de la comparecencia o, si esta no se hubiera celebrado, desde la última diligencia practicada*». Es decir, que cuando el consentimiento se ha prestado ante dichos funcionarios, y una vez se haya practicado la última de las diligencias necesarias, tendrán aquellos cinco días para resolver, tras analizar todos los elementos concurrentes. No existe, en cambio, norma alguna equivalente cuando la separación o divorcio es ante Notario. Y lo cierto es que, si bien la complejidad del expediente que se tramite ante Juez o Secretario Judicial puede ser mayor por la existencia de hijos menores, la norma no limita a dicho supuesto la existencia del plazo, que existirá incluso no habiendo tales hijos menores.

El caso es que, aunque formalmente no se exija para los efectos de la separación o divorcio otro juicio notarial que el genéricamente ligado al control de legalidad inherente a su función (a diferencia de lo que sucede, por ejemplo, en la declaración de herederos abintestato), no puede negarse que la actuación del Notario requiere un juicio de valoración, hasta el punto de que el art. 90 CC prevé, como luego comentaremos, la «*terminación del expediente*» si a juicio del Notario alguno de los acuerdos «*podiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados*».

Cabe preguntarse por todo ello si no se puede entender aplicable la norma del art. 19.1 también al expediente tramitado ante Notario, y concederle esos cinco días de tiempo de estudio y reflexión necesarios para formar su juicio, sin perjuicio de que, emitido el mismo positivamente, deban entenderse producidos los efectos de la separación o divorcio, conforme al art. 83 CC, desde la prestación del consentimiento por los cónyuges. Avaloraría de alguna manera esta interpretación el art. 84 CC, que, al referirse al supuesto de reconciliación de los cónyuges, determina que: «*Cuando la sepa-*

ración 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». Dado que el acta de manifestaciones no es documento adecuado para recoger declaraciones de voluntad (como la que, para dar efectos a la reconciliación acordada, deberían obviamente emitir los cónyuges ya separados), podría entenderse que la referencia al acta en dicha norma obedece a la contemplación de un supuesto de separación pendiente de resolución por parte del Notario, reservándose la escritura pública para cuando el procedimiento o expediente de separación esté totalmente terminado. Así, cuando el art. 84 CC dice que la reconciliación «*pone término al procedimiento de separación y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él*», contemplaría las dos posibilidades: pone término al expediente no resuelto (si lo está, ya no puede «ponerle término»), y deja sin efecto al que lo hubiere estado.

III. CONTENIDO DE LA ESCRITURA

1. El convenio de separación o divorcio

El art. 54.1 LN, en cuanto se refiere en el número 3 a la *solicitud, tramitación y otorgamiento* de la escritura pública, remitiéndose en cuanto a dichos extremos a la propia LN y al CC, permite entender que, dándose los requisitos subjetivos y cumplidas las formalidades examinadas, el contenido de la escritura vendrá determinado por lo que al respecto establezca la legislación sustantiva aplicable. Si los cónyuges son españoles, con vecindad civil y residencia habitual en el mismo territorio de entre los que tienen normativa propia sobre los efectos de la separación o divorcio, será esta la aplicable. Si no hay coincidencia en alguna de dichas circunstancias, habrá que acudir a las correspondientes normas de conflicto, cuestión que trataremos al final.

De este modo, «*las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación*» a que se refieren los arts. 82 y 87 CC serían las establecidas en el art. 90 CC, si efectivamente resulta aplicable el CC, o en el art. 233-2 CCCat, cuando se aplique el Derecho Civil catalán. Una y otra norma tienen un contenido muy similar, pero, como vamos a ver, no idéntico.

Omitiremos referirnos a aquellas de dichas medidas o pactos, concretamente, las contenidas en el número 2 del art. 233-

2, que están previstas para el caso de que existan hijos menores [y que son equivalentes a las del art. 90.1 CC, letras a) y b)], puesto que no pueden presentarse, por definición, en la separación o divorcio ante Notario⁽¹²⁾.

El art. 233-2-3 CCCat se refiere a aquellas medidas o pactos que el convenio regulador *debe* contener, *si procede*, y el número 4 añade un último pacto que los cónyuges pueden acordar. Parecería así establecer dos grupos: el primero, relativo a pactos de inclusión en principio necesaria, y el segundo, referido a un pacto potestativo. Esta es una diferencia que, examinando los pactos por separado, veremos que puede tener más sentido cuando se trata de las medidas definitivas que el Juez debe aprobar en un procedimiento contencioso, cuando dichas materias han sido objeto de la contienda, pero, en un procedimiento no contencioso, entendemos que la regla general (en principio, y sin perjuicio de lo que diremos más adelante respecto de la existencia de hijos mayores o emancipados) es la cesión de ese carácter imperativo frente al mutuo acuerdo de los cónyuges. El matiz que introduce la norma al imponer la inclusión de dichos pactos en el convenio solo «*si procede*» parece condicionar dicha inclusión al hecho de que se den los presupuestos legalmente previstos y a los que ahora nos referiremos, circunstancia que, en último término, quedaría necesariamente sujeta, en este caso de convenio aprobado de mutuo acuerdo, a su reconocimiento por las partes: no incluyéndose la materia por las partes, hay que considerar que «no procede».

Y no parece que quepa plantear de otra forma la interpretación de la norma contenida en el art. 90 CC, cuando se refiere a los extremos que al menos el convenio regulador deberá contener.

Vamos a hacer referencia al contenido de cada uno de dichos pactos, apuntando, junto a la regulación del CCCat, su equivalente en el CC:

A) La prestación compensatoria

El art. 232-3 CCCat prevé que el convenio deberá incluir «*la prestación compensatoria que se atribuye a uno de los cónyuges, indicando su modalidad de pago y, si procede, la duración, los criterios de actualización y las garantías*».



La prestación compensatoria se regula en los arts. **233-14 y ss. CCCat**, de los que resulta el siguiente esquema:

1. Puede solicitarla el cónyuge cuya situación económica, como consecuencia de la ruptura de la convivencia, resulte más perjudicada (233-14).
2. No puede exceder del nivel de vida de que gozaba durante el matrimonio ni del que pueda mantener el cónyuge obligado al pago, y es secundaria al derecho de alimento de los hijos (233-14).
3. Existen unas reglas para su determinación (233-15) que toman en consideración, entre otros factores, otras posibles atribuciones económicas derivadas de la ruptura.
4. Puede haberse pactado su modalidad, cuantía, duración y extinción de acuerdo con lo establecido en el 231-20, pero los pactos de renuncia no incorporados a una propuesta de convenio regulador no son eficaces en lo que comprometan la posibilidad de atender a las necesidades básicas del cónyuge acreedor (232-16).
5. Puede atribuirse en forma de capital o de pensión, que se pagará en dinero y por mensualidades avanzadas, pudiendo establecerse garantías y fijar criterios objetivos y automáticos de actualización de la cuantía. La pensión será por un período limitado, salvo que concurran circunstancias excepcionales. El capital puede pagarse a plazos (233-17), en un máximo de tres años, devengando el interés legal del dinero.

Se extingue por las causas del art. 233-19.

Por su parte, el **art. 97 CC** señala que: «El cónyuge al que la separación o el divorcio produzca un desequilibrio económico en relación con la posición del otro, que implique un empeoramiento en su situación anterior en el matrimonio, tendrá derecho a una compensación que podrá consistir en una pensión temporal o por tiempo indefinido, o en una prestación única, según se determine en el convenio regulador o en la sentencia».

Y añade ahora que «en la resolución judicial o en el convenio regulador formalizado ante el Secretario Judicial o el Notario, se fijarán la periodicidad, la forma de pago, las

bases para actualizar la pensión, la duración o el momento de cese y las garantías para su efectividad». Parece que debe entenderse que, salvo en el caso relativo a la «forma de pago», se trata de requisitos solo si se pacta pensión y no capital.

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

B) Pactos sobre el uso de la vivienda familiar

Se regula esta materia en los **arts. 233-20 y ss. CCCat**, cuyo contenido puede sintetizarse señalando:

1. La finalidad del pacto es la de «satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este» (233-20, números 1 y 7).
- No procederá, por tanto, si no hay tales hijos y no es exigible la prestación compensatoria, lo que entendemos que no excluye necesariamente el pacto.
2. Incluye la atribución del uso del ajuar de la vivienda (233-20, número 1).
 3. Puede distribuirse por periodos determinados (233-20, número 1).
 4. Puede sustituirse por el uso de otras residencias idóneas (233-20, número 6).
 5. Puede excluirse «si el cónyuge que debería ceder el uso puede asumir y garantizar suficientemente el pago de las pensiones de alimentos de los hijos y, si procede, de la prestación compensatoria del otro cónyuge en una cuantía que cubra suficientemente las necesidades de vivienda de estos» (233-21-1, letra b).
 6. Si los cónyuges poseen la vivienda en virtud de un título diferente al de propiedad, los efectos de la atribución de su uso quedan limitados por lo dispues-

to por el título. Para este caso, puede pactarse la adecuación de las pertinentes prestaciones alimentarias o compensatorias (233-21-2).

7. El derecho de uso atribuido al cónyuge se puede inscribir en el Registro de la Propiedad (233-22).

Se trata de una medida de defensa del derecho del cónyuge e hijos beneficiarios del uso, mediante evitar la disposición del bien por su titular, defensa que se atribuye únicamente al cónyuge, por lo que no es necesaria la identificación ni los datos personales de los hijos (RDGDJ de 22 de marzo de 2007).

La inscripción no es posible, sin embargo, «no només per aplicació del principis registrals de legitimació i tracte successiu, sinó també per aplicació dels principis generals del Dret Civil català i del que es preveu específicament a l'article 233-21-2, si la finca consta inscrita a favor de tercera persona» (RDGDEJ de 3 de junio de 2013).

8. La atribución de uso no modifica las obligaciones asumidas para su adquisición (hipoteca), aunque el beneficiario se hace cargo de todos los gastos inherentes a la propiedad (233-23).

Se trata de una materia sobre la cual la jurisprudencia de apelación no es uniforme acerca de si debe o no ser objeto del procedimiento matrimonial. No lo han entendido así las SSAP Barcelona de 6 de junio de 2014 y Tarragona de 5 de mayo de 2014 («la sentencia matrimonial no puede modificar relaciones obligatorias preexistentes y que afectan a terceros»), pero sí la SAP Barcelona de 1 de octubre de 2013.

Hay que entender que, en todo caso, tratándose de un convenio de mutuo acuerdo, los cónyuges son libres de estipular al respecto, si bien, ciertamente, sus acuerdos no pueden perjudicar al tercero que no los haya consentido.

9. «Una vez extinguido el derecho de uso, el cónyuge que es titular de la vivienda puede recuperar su posesión en ejecución de la sentencia que haya acordado el derecho de uso o de la resolución firme sobre la duración o extinción de este derecho, y puede solicitar, si procede, la cancelación registral del derecho de uso» (233-24-3).



No parece que a la escritura vaya a reconocérsele esa eficacia ejecutiva, pero sí la cancelatoria.

10. El propietario de la vivienda puede disponer de ella sin el consentimiento del cónyuge que tenga su uso y sin autorización judicial, sin perjuicio del derecho de uso.

Esta es una diferencia importante respecto de lo previsto en el CC, cuyo art. 96 señala que «para disponer de la vivienda y bienes indicados cuyo uso corresponda al cónyuge no titular se requerirá el consentimiento de ambas partes o, en su caso, autorización judicial» (233-25).

En todo lo demás, la regulación contenida en el **art. 96 CC** sobre esta materia no presenta diferencias notables respecto de lo examinado, siendo, en todo caso, mucho más escueta⁽¹³⁾.

C) La compensación económica por razón de trabajo

Aparece regulada, con el siguiente contenido esquematizado, en los **arts. 232-5 y ss. CCCat**:

1. Se da en el régimen de separación de bienes (232-5).
2. Requiere:
 - a) Que un cónyuge haya trabajado para la casa sustancialmente más que el otro (232-5-1) o haya trabajado para el otro cónyuge sin retribución o con una retribución insuficiente (232-5-2).
 - b) Que el otro cónyuge haya obtenido un incremento patrimonial superior, de acuerdo con las reglas previstas en el art. 232-6.
3. Tiene (en principio) como límite la cuarta parte de la diferencia entre los incrementos de los patrimonios (232-5-4).
4. Puede haberse pactado su incremento, reducción o exclusión, de acuerdo con lo establecido en el 231-20 (232-7).
5. Debe pagarse en dinero, salvo que los cónyuges acuerden otra cosa (232-8).
6. Permite exigir la reducción de las disposiciones «inoficiosas» (art. 232-9).



7. Es compatible con los demás derechos de carácter económico que corresponden al cónyuge acreedor (232-10).

No existe norma equivalente en el **CC**, en el que, como sabemos, el régimen económico matrimonial legal supletorio es el de gananciales.

D) La liquidación del régimen económico matrimonial y la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa

Hay que entender que no es necesario incluir en el convenio la liquidación del régimen económico matrimonial. En Catalunya, el **art. 232-2-3 CCCat** dice que el convenio «debe contener, si procede», la liquidación del régimen económico matrimonial. Conforme a la interpretación hecha más arriba, solo procede la liquidación cuando los cónyuges así lo acuerden, con lo cual el «deber» al que se refiere el art. 232-2-3 se dirigiría a determinar el documento en que se debe formalizar ese acuerdo, si el mismo existe al tiempo del otorgamiento de la escritura.

En esta materia concreta, dicha interpretación tendría apoyo:

- De una parte, en que la subordinación a la voluntad de al menos una de las partes se da también en relación con la segunda parte de la norma del art. 232-2-3, letra d), puesto que «la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa» a que la misma se refiere se

producirá, de conformidad con el **art. 232-12 CCCat**, si en el procedimiento de separación o divorcio «cualquiera de los cónyuges ejerce simultáneamente la acción de división de cosa común», por lo que, a contrario sensu, no se producirá si ninguno de los cónyuges lo exige.

- De otra parte, en que la previsión que ahora contiene el nuevo **art. 95 CC** no hace sino recoger la práctica habitual, en la que el convenio incluía o no la liquidación del régimen económico matrimonial o la división de los bienes en comunidad ordinaria indivisa solo si los cónyuges así lo decidían. Hasta ahora, el art. 95 CC se limitaba a señalar que la sentencia firme produciría la disolución del régimen económico matrimonial. Ahora, añade que dicha sentencia, como, en su caso, el decreto del Secretario Judicial o la escritura pública, aprobará «su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto». La liquidación se dará, por tanto, si así lo deciden los cónyuges.

E) Pacto de alimentos para los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios

El **art. 232-4 CCCat** lo incluye como un pacto que «los cónyuges también pueden acordar», pareciendo atribuirle así carácter voluntario, frente a un aparente carácter obligatorio de los pactos sobre las materias a que se refiere el número 3. Hemos

venido entendiendo que, en una separación o divorcio de mutuo acuerdo, parece posible entender que la regla general es que dicho acuerdo se extiende a la inclusión o no en el convenio de las materias propias del mismo. Sin embargo, lo cierto es que esa regla debe valorarse con mucha más cautela cuando existen terceros posibles afectados, como serían, en este caso, los hijos mayores de edad o emancipados que no tengan recursos económicos propios. De modo que, aunque pueda resultar paradójico, sería precisamente el supuesto que la norma contempla como mera «posibilidad» el que dejaría de ser tal, si se reconoce la existencia de tales hijos, puesto que, en este caso, se está admitiendo la existencia de una obligación de alimentos hacia los mismos, en los términos en que viene establecida en los arts. 237-1 y ss. CCCat. La conclusión sería que, habiéndose comprobado por el Notario la existencia de hijos mayores de edad o emancipados, solo si los cónyuges niegan que los mismos carezcan de recursos económicos propios podría prescindirse del pacto relativo a alimentos del art. 233-2, letra e). Teniendo en cuenta al respecto que una manifestación inexacta por su parte no perjudica la situación de los hijos, toda vez que la obligación de alimentos subsiste a cargo de los padres, por imperativo legal, en los mismos términos que antes de formalizar el convenio de divorcio o separación.

Habiéndose comprobado por el Notario la existencia de hijos mayores de edad o emancipados, solo si los cónyuges niegan que los mismos carezcan de recursos económicos propios podría prescindirse del pacto relativo a alimentos del art. 233-2, letra e)

Por el contrario, si los cónyuges reconocen la existencia de hijos mayores o emancipados que carecen de recursos económicos, dicho pacto debería formar parte del convenio. Y entiendo que, dado que la obligación de alimentos incluye o puede incluir el derecho a vivienda a favor de tales hijos, debería confirmarse la coherencia del contenido de este pacto con lo que, en su caso, se hubiere estipulado acerca del uso de la vivienda familiar, dado que, como veíamos antes, la finalidad del pacto relativo a dicho

uso es la de «satisfacer, en la parte que proceda, los alimentos de los hijos comunes que convivan con el beneficiario del uso o la prestación compensatoria de este» (233-20, números 1 y 7).

Las conclusiones expuestas son trasladables a lo previsto en el régimen del CC, en el que el **art. 90, letra c)**, se refiere a este pacto al tratar de «la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías, en su caso». El art. 93 CC, por otra parte, señala que: «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»⁽¹⁴⁾.

F) Otros pactos

Es habitual la inclusión en el convenio de pactos que, sin ser materia propia del mismo, los cónyuges estipulan con ocasión de su separación o divorcio. En ocasiones, se trata de transmisiones patrimoniales que no encajan en la liquidación del régimen económico matrimonial, por ejemplo, por hacer referencia a bienes privativos de alguno de ellos.

La DGRN ha sentado una doctrina generalmente restrictiva de la inscribibilidad de dichos pactos, sobre la base de que los mismos «*tienen su significación negocial propia, cuyo alcance y eficacia habrán de ser valorados en función de las generales exigencias de todo negocio jurídico y de los particulares que imponga su concreto contenido y la finalidad perseguida*». La casuística es amplia y su solución no es uniforme: pueden verse, entre otras, la Resolución de 13 de junio de 2011, sobre la no inscripción de la aportación a gananciales, previa a la liquidación en el convenio regulador; la Resolución de 26 de junio de 2013, que señala que, salvo que se trate de la vivienda familiar, no cabe la disolución de comunidad en un convenio regulador, sino que requiere escritura pública; la Resolución de 5 de diciembre de 2012, que, en cambio, admite la inscripción de la adjudicación en convenio de un garaje inscrito a favor de ambos cónyuges en separación de bienes; la Resolución de 9 de marzo de 2013, que no la admite cuando el garaje había sido adquirido en estado de soltero por el cónyuge que ahora lo adjudica, o la Resolución de 8 de mayo de 2012, que permite que en el convenio regulador

se estipule la cesión a los hijos de la mitad indivisa de la vivienda familiar, aunque requiere la aceptación de los mismos.

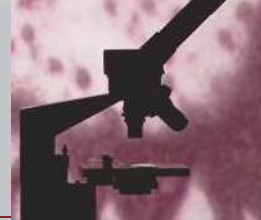
Ahora bien, parece claro que el hecho de que el negocio en cuestión no sea inscribible cuando se trata de un convenio aprobado judicialmente es una cosa, y que no lo sea cuando viene recogido en escritura pública será otra muy distinta, puesto que, como señala el TS, «no hay obstáculo para su validez como negocio jurídico, en el que concurrió el consentimiento, el objeto y la causa, y no hay ningún motivo de invalidez» (SSTS de 22 de abril de 1997 y de 21 de diciembre de 1998).

Es o quiere decir que, si la escritura de separación o divorcio incorpora un convenio en el que los cónyuges estipulan cualquier tipo de pacto con una naturaleza negocial distinta de la que es propia del mismo, deberá el Notario confirmar que se cumplen todos los requisitos necesarios para su eficacia, incluida, en su caso, la inscripción registral, y, de no ser así, denegar la autorización o advertir debidamente a los otorgantes.

2. El control notarial del contenido del convenio

Existe una importante cuestión a resolver, que es la relativa al alcance de la norma, ya referida, contenida en el párrafo tercero del art. 90 CC, que se dirige expresamente a la intervención notarial diciendo: «Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario Judicial o Notario y estos considerasen que, a su juicio, alguno de ellos pudiera ser **dañoso o gravemente perjudicial** para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, lo **advertirán** a los otorgantes y **darán por terminado el expediente**. En este caso, los cónyuges solo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador».

El supuesto resulta excepcional, porque obliga al Notario a un juicio, necesariamente subjetivo, sobre una materia en la que, no habiendo menores afectados, existe, en principio, plena libertad entre los cónyuges. Y puede, desde luego, suscitar muchísimas dudas, sobre todo en aquellos casos en que exista una renuncia de derechos (a la prestación compensatoria, a la pensión económica...).



Entendemos, en todo caso, que la norma no resulta aplicable en Catalunya, donde el art. 233-3-1 CCCat establece que: «Los pactos adoptados en convenio regulador **deben ser aprobados** por la autoridad judicial, salvo los puntos que no sean conformes con el interés de los hijos menores». Por lo tanto, no habiendo hijos menores, todos los demás aspectos deben ser aprobados por el Juez, según ha reconocido el TSJC, entre otras, en las sentencias de 19 de julio de 2004 y de 28 de enero de 2010⁽¹⁵⁾. En el mismo sentido, la SAP Barcelona (Sección 12.ª) 198/2014, de 18 de marzo, señala que «el principio de intervención mínima en materias de Derecho Privado determina que el control judicial se ha de limitar, en estos casos, a recoger la ratificación del convenio y a comprobar que el acuerdo es lícito, es decir, que no va contra el orden público ni la moral (art. 1275 CC), así como que no perjudica a las menores». Y si así es en el caso de separación o divorcio judicial, no puede ser de otra manera cuando se tramita ante Notario.

Cuestión diferente sería, en efecto, que se apreciaran pactos «contrarios a la ley, la moral o el orden público o que afecten a alguno de los principios generales del ordenamiento jurídico», que ya la STSJC de 10 de septiembre de 2010 declaró que no pueden ser aprobados.

3. Garantías del convenio

El art. 90.2 CC establece que: «Desde la aprobación del convenio regulador o el otorgamiento de la escritura pública, **podrán hacerse efectivos los acuerdos por la vía de apremio**».

En todo caso, las partes podrán establecer las **garantías reales o personales** que requiera el cumplimiento del convenio (art. 90.4 CC).

IV. EFICACIA E INSCRIPCIÓN DE LA ESCRITURA

Como decíamos más arriba, con arreglo a los arts. 83 y 89 CC, los efectos de la separación matrimonial o divorcio se producen desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública. Sin embargo, hasta que no se practique la inscripción en el Registro Civil, dichos efectos no perjudicarán a terceros de buena fe.

Por dicha razón, el art. 83 CC exige que se remita copia de la escritura pública al Registro Civil. Esta misma obligación viene impuesta en el nuevo art. 61 LRC, que concreta que dicha remisión deberá efectuarse «en el mismo día o al siguiente hábil, y por medios electrónicos, a la Oficina General del Registro Civil». Hasta el desarrollo de dicha forma de comunicación, parece que podrá darse cumplimiento a esta obligación mediante remisión de la copia autorizada extendida en papel.

V. MODIFICACIÓN DEL CONVENIO

Como parece obvio, el convenio de separación o divorcio estipulado de común acuerdo por los cónyuges puede ser modificado por estos en cualquier momento. Esta posibilidad viene reconocida con carácter general en el art. 90.3 CC: «Las medidas que hubieran sido convenidas ante el Secretario Judicial o en escritura pública podrán ser modificadas por un nuevo acuerdo, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código».

De un modo más específico, el CC se refiere al pacto relativo a la pensión compensatoria señalando en el art. 100 que: «La pensión y las bases de actualización fijadas en el convenio regulador formalizado ante el Secretario Judicial o Notario podrán modificarse mediante nuevo convenio, sujeto a los mismos requisitos exigidos en este Código». Y como un tipo específico de modificación de dicha pensión, el art. 99 establece que: «En cualquier momento podrá convenirse la sustitución de la pensión [...] por la constitución de una renta vitalicia, el usufructo de determinados bienes o la entrega de un capital en bienes o en dinero».

En congruencia con lo antes señalado en relación con la necesidad de inscripción en el Registro Civil, señala el art. 61 LRC: «Las resoluciones judiciales o las escrituras públicas que modifiquen las inicialmente adoptadas o convenidas también deberán ser inscritas en el Registro Civil». Debiendo entenderse que, hasta ese preciso momento, no se producen sus efectos en perjuicio de terceros de buena fe.

VI. FORMA Y EFECTOS DE LA RECONCILIACIÓN

El art. 84 CC se refiere a la reconciliación entre cónyuges señalando que la misma «pone término al procedimiento de **separa-**

ción y deja sin efecto ulterior lo resuelto en él, pero ambos cónyuges separadamente deberán ponerlo en conocimiento del Juez que entienda o haya entendido del litigio. Ello no obstante, mediante resolución judicial, serán mantenidas o modificadas las medidas adoptadas en relación con 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».

Los efectos de la reconciliación frente a terceros están sujetos, según reconoce el mismo art. 84 CC en su último párrafo, a la inscripción en el Registro Civil correspondiente

Conviene hacer algunos comentarios a esta norma:

- En primer lugar, que se trata de una posibilidad limitada al supuesto de separación matrimonial, en que el vínculo conyugal no se ha extinguido. De haber habido un divorcio, la reconciliación de los excónyuges no pasa de ser un supuesto meramente fáctico, sin trascendencia jurídica, aunque sin perjuicio de la posibilidad de un nuevo matrimonio entre los mismos.
- Que si la separación ha sido judicial, la reconciliación debe ser también judicial, no siendo posible formalizarla en documento notarial.
- Que la referencia que hace la norma al acta de manifestaciones como posible documento a otorgar no nos parece acertada, salvo que se admita la interpretación hecha más arriba respecto de la posibilidad de una *resolución* notarial no simultánea a la prestación del consentimiento de los cónyuges a la separación, en cuyo caso podría admitirse que la reconciliación anterior a esa resolución se recogiera en acta de manifestaciones (por más que la forma aparentemente más adecuada sería una diligencia en la misma escritura). En cualquier otro caso, dado que la reconciliación implica una declaración de voluntad que provoca dejar sin efecto lo estipulado en la escritura de separa-



ción, el vehículo documental adecuado debería ser la escritura pública.

Por lo demás, los efectos de la reconciliación frente a terceros están sujetos, según reconoce el mismo art. 84 CC en su último párrafo, a la inscripción en el Registro Civil correspondiente.

VII. CONFLICTO DE LEYES

1. Conflicto internacional

A) Ley aplicable al divorcio y la separación

Si alguno de los cónyuges es nacional o residente de algún país extranjero, se hace necesario determinar qué ley se aplica a la separación o divorcio, cuestión distinta y posterior a la comentada al principio en relación con las reglas de determinación de la competencia notarial. El art. 9.2 CC señala al respecto que «*la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107*». Y este, en la redacción recibida ahora en la LJV, dispone en su número 2 que «*la separación y el divorcio legal (habrá que entender «la separación legal y el divorcio») se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho Internacional Privado»*⁽¹⁶⁾. Dicha modificación adecúa la normativa interna a la situación de hecho ya existente desde la entrada en vigor, el día 21 de junio de 2012, del **Reglamento 1259/2010** del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 (también conocido como Reglamento Roma III), por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y la separación judicial. Desde dicha fecha, la aplicabilidad directa de la normativa europea había supuesto el desplazamiento del anterior contenido del art. 107.2 CC⁽¹⁷⁾.

Ahora bien, hay que tener en cuenta que el Reglamento 1259/2010 se aplica únicamente a los «*motivos para el divorcio o la separación judicial*» (Considerando 10). Quedan excluidos los efectos jurídicos o las consecuencias legales del divorcio o la separación, cuestión que afecta directamente

a algunas de las materias que son o pueden ser objeto del convenio. Antes de referirnos, aunque sea sucintamente, a las mismas, señalaremos los principios fundamentales que resultan del Reglamento 1259/2010:

1. Para determinar la **ley aplicable**, hay que atender, en primer lugar, a lo dispuesto en el art. 5.1:

*Los cónyuges podrán **convenir** en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea **una de las siguientes leyes**:*

- a) *La ley del Estado en que **los cónyuges tengan su residencia habitual** en el momento de la celebración del convenio.*
- b) *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.*
- c) *La ley del Estado **cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges** en el momento en que se celebre el convenio, o*
- d) *La ley del **foro**.*

Es previsible, en consecuencia, que al requerir el divorcio o la separación notarial el mutuo acuerdo de los cónyuges, este se extienda a la determinación de la legislación aplicable. De lo contrario, hay que acudir a los criterios supletorios que prevé el art. 8 del Reglamento:

A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial estarán sujetos a la ley del Estado:

- a) *En que **los cónyuges tengan su residencia habitual** en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,*
- b) *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 o, en su defecto,*
- c) *De la **nacionalidad de ambos cónyuges** en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,*

d) *Ante cuyos **órganos jurisdiccionales** se interponga la demanda.*

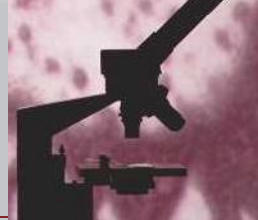
2. Es importante destacar que, de su art. 4 (y de los considerandos 12 y 14), resulta que el Reglamento es de **aplicación «universal» o erga omnes**. Ello significa su aplicabilidad al divorcio o separación que se plantee ante la autoridad competente del Estado Miembro participante (condición que tiene España), con independencia de que la nacionalidad, residencia habitual o domicilio de los cónyuges sea de un Estado Miembro, participante o no, o de un Estado no miembro de la Unión Europea, y aun cuando, como consecuencia de su aplicación, resulte designada la ley material de un Estado Miembro, participante o no, o de un Estado no miembro de la Unión Europea.

3. De acuerdo con el art. 10, se aplicará el **ley del foro** cuando el Derecho que resulte de los arts. 5 a 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.

4. El art. 11 del Reglamento **prohíbe el reenvío**, señalando expresamente que la remisión se entenderá hecha a las normas jurídicas en vigor en el Estado en cuestión, con exclusión de las normas de Derecho Internacional Privado.

5. Y el art. 14 establece determinadas reglas para aquellos supuestos de aplicabilidad de la legislación de un **Estado en el que coexistan diferentes legislaciones territoriales**⁽¹⁸⁾:

- a) *Toda referencia a la legislación de tal Estado se entenderá, a efectos de determinar la ley aplicable con arreglo al presente Reglamento, como una referencia a la **legislación vigente en la unidad territorial** de que se trate.*
- b) *Toda referencia a la residencia habitual en tal Estado se entenderá como una referencia a la **residencia habitual en una unidad territorial**.*
- c) *Toda referencia a la **nacionalidad** se referirá a la unidad territorial designada por la ley de tal Estado o, a falta de normas a estos efectos, a la unidad territorial elegida por las partes, o bien, a falta de elección, a la unidad*



territorial con la que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados.

Se trata, por tanto, de una remisión directa en los dos primeros supuestos, mientras que para el tercero, cuando el punto de conexión sea la nacionalidad, establece, en primer lugar, una remisión indirecta a las normas de Derecho interterritorial de dicho Estado; en su defecto, a la normativa aplicable en la unidad territorial escogida por las partes, y, como cláusula de cierre, a un criterio de vinculación efectiva.

Aunque decíamos antes que lo previsible es que, en un supuesto de separación o divorcio de mutuo acuerdo, exista también consenso en orden a la determinación de la legislación aplicable, la letra c) del art. 14 no parece permitir, en caso de que dicha legislación sea la de un Estado con diferentes normativas territoriales, escoger la de un territorio en concreto cuando dicho Estado tiene sus propias normas de conflicto interterritorial, lo que puede, sin duda, complicar la solución al conflicto.

El Reglamento no se aplica a los efectos jurídicos o consecuencias legales del divorcio o la separación, lo cual obliga a tener en cuenta la normativa internacional que pueda afectar a algunas de las materias que son propias del convenio regulador

B) Ley aplicable a los efectos jurídicos del divorcio o la separación

Como decíamos antes, el Reglamento no se aplica a los efectos jurídicos o consecuencias legales del divorcio o la separación, lo cual obliga a tener en cuenta la normativa internacional que pueda afectar a algunas de las materias que son propias del convenio regulador. Siguiendo en este punto a CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ⁽¹⁹⁾, y limitándonos a aquellas cuestiones propias del supuesto en que el divorcio o la separación puedan formalizarse ante Notario, podemos señalar:

1. El **procedimiento** de separación o divorcio se considera un «aspecto proce-

sal», y, como tal, sujeto a la ley procesal del Estado Miembro cuyos tribunales (autoridades, diremos a fin de incluir al Notario) sean competentes.

2. Los **alimentos y pensiones** debidos a los hijos a consecuencia del divorcio, así como aquellos a que tuviere derecho uno de los cónyuges, y la **compensación por desequilibrio económico** se rigen por la ley determinada en virtud del Protocolo de La Haya de 23 de noviembre de 2007 (ley aplicable a las obligaciones alimenticias).
3. La ley aplicable a la **disolución y liquidación del régimen económico matrimonial** será la misma que regula dicho régimen, que, en nuestro Derecho, se determina con arreglo a los arts. 9.2 y 9.3 CC.
4. La asignación del **uso de la vivienda familiar** y del ajuar doméstico depende de la existencia o no de hijos, y de la edad de los mismos, pudiendo sintetizarse el esquema aplicable:

a) Habiendo hijos menores de edad:

a.1) Si el hijo es menor de edad y menor de 18 años (supuesto en el que, como sabemos ya, no cabe el divorcio o la separación ante Notario), se aplica el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, que, como regla general, atiende a la ley de la residencia habitual del menor.

a.2) Si el hijo es menor de edad con arreglo a su nacionalidad, pero mayor de 18 años (posibilidad que hay que tener en consideración, aun cuando sea también para excluir la competencia notarial), se aplica el art. 9.6 CC, que remite a la ley nacional del menor.

b) Si no hay hijos, o los que hay son mayores de edad, se aplica el art. 10.1 CC, del que resulta regirse la materia por la ley correspondiente al lugar de ubicación del inmueble.

2. Conflicto interterritorial

Como sabemos, el art 149.1.8 de la Constitución reserva al Estado la competencia

exclusiva sobre las «relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio», lo que se ha entendido que incluye la regulación de las causas de separación matrimonial y divorcio, cuyos requisitos se contienen en el CC, arts. 73 y ss., algunos de los cuales han sido objeto de modificación en la LJV. Ahora bien, los efectos de la separación matrimonial y el divorcio sí pueden ser objeto de regulación por las comunidades autónomas que asuman dicha competencia, y ese es el caso de Catalunya, que ha regulado la materia en los arts. 233-1 y ss. CCCat, como también de Aragón (arts. 79 y ss. del Código de Derecho Foral de Aragón), Comunidad Valenciana (Ley 20/2007, de régimen económico matrimonial, y Ley 5/2011, de 1 de abril, de relaciones familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven), y de Baleares y Navarra, en ámbitos en principio no afectantes a la separación o divorcio ante Notario.

Por tanto, si los cónyuges españoles tienen vecindad civil y residencia habitual en el mismo territorio de entre los que tienen normativa propia sobre los efectos de la separación o divorcio, será esta la aplicable. Pero, si no hay coincidencia en alguna de dichas circunstancias, hay que acudir a las correspondientes normas de conflicto⁽²⁰⁾.

En relación con dicha cuestión, el art. 16 del Reglamento 1259/2010 determina que el mismo solo se aplicará a los conflictos exclusivamente interterritoriales cuando el Estado Miembro así lo decida⁽²¹⁾. Hasta la publicación de la LJV, España tenía su propio sistema conflictual para resolver tales supuestos, puesto que, como decíamos antes, el art. 107.2 CC contenía una normativa que, inaplicable paradójicamente en el caso de conflicto de leyes de ámbito internacional una vez vigente el Reglamento Roma III, seguía determinando (mediante sustituir el concepto de *nacionalidad* por el de *vecindad civil*) la ley aplicable cuando se trataba de un conflicto interterritorial interno, por virtud de la remisión contenida en el art. 16 CC.

Sin embargo, la LJV ha dado nueva redacción a dicho art. 107.2, que ahora establece: «La separación y el divorcio legal se regirán por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho Internacional Privado». Lo cual supone ampliar el juego de remisiones, con un resultado quizá menos satisfactorio de lo esperado. Recordemos: el art. 16 CC nos remite al art. 9.2; este, al art. 107, y



este, a las normas de la Unión Europea. Ello parecería provocar la aplicabilidad, también en el ámbito de los conflictos interterritoriales, de los puntos de conexión establecidos en el Reglamento 1259/2010, lo cual determinaría la posibilidad de convenio entre los cónyuges para fijar la ley aplicable a su separación o divorcio y, a falta de tal convenio, la aplicación, con carácter preferente, del punto de conexión basado en la residencia habitual común y, subsidiariamente, el de la vecindad civil común, quedando la ley del foro (en el caso de la separación o divorcio notarial, la correspondiente a la residencia del Notario) como criterio residual.

Este esquema supondría, en definitiva, un cambio de sistema de puntos de conexión, el del antiguo art. 107.2 CC por el del Reglamento 1259/2010, que se vería justificado, además, por razones de coordinación. Pero dicho esquema se podría venir abajo, si tenemos en cuenta que el Reglamento 1259/2010 se aplica únicamente a los «*motivos para el divorcio o la separación judicial*», supuesto en relación con el cual no cabe, por definición, el conflicto interno de leyes, puesto que se trata de una materia regulada por el Estado, con aplicabilidad directa en todo el territorio español⁽²²⁾. Y si esta interpretación fuera correcta, no estaríamos ante un cambio de sistema de puntos de conexión, sino ante una derogación del sistema anterior, sin sustitución por uno nuevo.

Solo si aceptamos la opinión de CALVO CARAVACA y CARRASCOSA GONZÁLEZ de

que la *Lex Divortii / Lex Separationis* regula el contenido necesario del convenio regulador, encontraríamos posible solución a las dudas que la modificación operada plantea⁽²³⁾. Sustentan esa idea dichos autores, siguiendo a G. WIEDERKERHR y P. HAMMJE, en que la presentación del convenio opera como una condición o requisito del divorcio o separación. Si así se entiende, el Reglamento 1259/2010 y los puntos de conexión que en el mismo se establecen serían aplicables para determinar la cuestión principal de qué normativa debe tomarse en consideración para atender al contenido del convenio regulador de la separación o el divorcio.

Y todo lo anterior sin perjuicio de que la remisión a «*las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho Internacional Privado*» que hace ahora el art. 107.2 CC nos obligue a tener también en cuenta la normativa ya indicada en el apartado anterior como aplicable a los efectos jurídicos del divorcio o separación. Cuestión que puede dar lugar a cierta confusión, en algún caso, puesto que, como señalábamos antes, la aplicabilidad preferente de la normativa europea puede dar lugar a *desplazamientos* quizá inesperados de la normativa conflictual interna, como la contenida en el art. 9.7 CC en relación con la prestación de alimentos entre parientes.

- (1) Art. 54.1 LN: «**Los cónyuges, cuando no tuvieren hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de ellos, podrán acordar su separación matrimonial o divorcio de mutuo acuerdo, mediante la formulación de un convenio regulador en escritura pública. Deberán prestar su consentimiento ante el Notario del último domicilio común o el del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los solicitantes.**»
- (2) El art. 3 del Reglamento 2201/2003 establece que: «1. En los asuntos relativos al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial, la competencia recaerá en los órganos jurisdiccionales del Estado Miembro: a) En cuyo territorio se encuentre:
— La residencia habitual de los cónyuges, o
— El último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí, o
— La residencia habitual del demandado, o
— En caso de demanda conjunta, la residencia habitual de uno de los cónyuges, o
— La residencia habitual del demandante, si ha residido allí durante al menos un año

inmediatamente antes de la presentación de la demanda, o

— La residencia habitual del demandante, en caso de que haya residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y sea nacional del Estado Miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido e Irlanda, tenga allí su domicilio.

b) De la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, del domicilio común.

2. A efectos del presente Reglamento, el término domicilio se entenderá en el mismo sentido que tiene dicho término con arreglo a los ordenamientos jurídicos del Reino Unido y de Irlanda.

- (3) Ana QUIÑONES ESCÁMEZ, «¿Cuándo se aplica el Reglamento Bruselas II bis? El TJCE se pronuncia sobre su ámbito de aplicación», en *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n.º 30, May./Ago. 2008, págs. 457-482.
- (4) Art. 82.1 CC: «**Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial o en escritura pública ante Notario, 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 art. 90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.**»
Art. 87 CC: «**Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario Judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el art. 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio.**»
- (5) Art. 82.2 CC: «**No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.**»
Art. 54.1 LN: véase la nota 1.
- (6) Art. 82.1, párrafo segundo CC: «**Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Secretario Judicial o Notario. Igualmente, los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Se-**



cretario Judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar».

- (7) Art. 54.2 LN: «Los cónyuges deberán estar asistidos en el otorgamiento de la escritura pública de Letrado en ejercicio». Art. 82.1, párrafo segundo CC: véase la nota 4.
- (8) Así lo recogen Pere DEL POZO, Antoni VAQUER y Esteve BOSCH en la obra *Derecho Civil de Cataluña: Derecho de Familia*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2013, pág. 121.
- (9) «El Notario, antes de autorizar la escritura a que se refiere el apartado 1, debe informar por separado a cada uno de los otorgantes sobre el alcance de los cambios que pretenden introducirse con los pactos que pretenden introducirse con los pactos respecto al régimen legal supletorio y debe advertirlos de su deber recíproco de proporcionarse la información a que se refiere el apartado 4».
- (10) La posibilidad de tales pactos fue también reconocida por el Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala de lo Civil, sección 1.ª, del 31 de marzo de 2011.
- (11) Art. 231-20: «4. El cónyuge que pretenda hacer valer un pacto en previsión de una ruptura matrimonial tiene la carga de acreditar que **la otra parte disponía, en el momento de firmarlo, de información suficiente sobre su patrimonio, sus ingresos y sus expectativas económicas**, siempre y cuando esta información fuese relevante con relación al contenido del pacto.
5. Los pactos en previsión de ruptura que en el momento en que se pretende el cumplimiento sean gravemente perjudiciales para un cónyuge no son eficaces, si este acredita que **han sobrevenido circunstancias relevantes** que no se previeron ni podían razonablemente preverse en el momento en que se otorgaron».
- (12) Destacar, en este sentido, que el posible pacto relativo al «régimen de visitas y comunicación de los nietos con sus abuelos» que incluyen estos artículos se refiere a los nietos menores de edad, como resulta de la Ley 42/2003, de 21 de noviembre, que introdujo la norma en el CC, y del art. 233-12-1, cuando habla de la relación «con los hermanos mayores de edad que no convivan en el mismo hogar».
- (13) Dice dicho artículo que: «En defecto de acuerdo de los cónyuges aprobado por el Juez, el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario en ella corresponden a los hijos y al cónyuge en cuya compañía queden.

Cuando algunos de los hijos queden en la compañía de uno y los restantes, en la del otro, el Juez resolverá lo procedente.

No habiendo hijos, podrá acordarse que el uso de tales bienes, por el tiempo que prudencialmente se fije, corresponda al cónyuge no titular, siempre que, atendidas las circunstancias, lo hicieran aconsejable y su interés fuera el más necesitado de protección».

- (14) El art. 142 CC señala que: «Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica. Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad **y aun después**, cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable». La obligación de alimentos, por tanto, se extiende también a este supuesto.
- (15) En el mismo sentido, la SAP Barcelona (Sección 12.ª) 198/2014, de 18 de marzo, señala que «el principio de intervención mínima en materias de Derecho Privado determina que el control judicial se ha de limitar, en estos casos, a recoger la ratificación del convenio y a comprobar que el acuerdo es lícito, es decir, que no va contra el orden público ni la moral (art. 1275 CC), así como que no perjudica a las menores».
- (16) Paralelamente, el art. 10 LJV dispone, con carácter general, que «los órganos judiciales españoles aplicarán a los expedientes y actos de jurisdicción voluntaria respecto de los cuales resultaren competentes la ley determinada por las normas de la Unión Europea o españolas de Derecho Internacional Privado».
- (17) Disponía dicho artículo: «La separación y el divorcio se regirán por la ley nacional común de los cónyuges en el momento de la presentación de la demanda; a falta de nacionalidad común, por la ley de la residencia habitual común del matrimonio en dicho momento y, en defecto de esta, por la ley de la última residencia habitual común del matrimonio, si uno de los cónyuges aún reside habitualmente en dicho Estado. En todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges sea español o resida habitualmente en España:
- a) Si no resultara aplicable ninguna de las leyes anteriormente mencionadas.
- b) 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.

c) 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».

- (18) A su vez, el art. 15 determina la normativa de conflicto encargada de resolver los casos de remisión a un Estado plurilegislativo de base personal: «Toda referencia a la ley de un Estado que tenga dos o más sistemas jurídicos o conjuntos de normas aplicables a diferentes categorías de personas en lo que se refiere a las cuestiones reguladas por el presente Reglamento se entenderá como una referencia al sistema jurídico determinado por las normas vigentes en tal Estado. A falta de tales normas, se aplicará el sistema jurídico o el conjunto de normas con el que el cónyuge o los cónyuges estén más estrechamente vinculados».
- (19) Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol. II, Ed. Comares, Granada, 2013, págs. 265 y ss.
- (20) En este punto, el hecho de que el art. 13 CC señale que «las disposiciones de este título preliminar, en cuanto determinan los efectos de las leyes y las reglas generales para su aplicación, así como las del Título IV del Libro I, con excepción de las normas de este último relativas al régimen económico matrimonial, tendrán aplicación general y directa en toda España» parece que no impide la aplicación de las normas dictadas por la correspondiente comunidad autónoma, si así resultare de la aplicación de las correspondientes normas de conflicto, toda vez que es el mismo Título Preliminar, en su art. 9.2, el que determina, de modo especial, la normativa aplicable, al señalar que «la nulidad, la separación y el divorcio se regirán por la ley que determina el artículo 107».
- (21) «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».
- (22) En este sentido, el Magistrado Joaquín BAYO DELGADO, dentro de la obra colectiva *Memento experto crisis matrimoniales*, Ed. Francis Lefebvre, Madrid, 2014, pág. 435.
- (23) Alfonso-Luis CALVO CARAVACA y Javier CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, pág. 263.