

## APUNTES SOBRE EL DIVORCIO ANTE NOTARIO Y SU NATURALEZA<sup>1</sup>

*Álvaro Núñez Iglesias*

Catedrático de Derecho civil  
Universidad de Almería

---

RESUMEN: El autor se aproxima a la figura del divorcio ante notario, introducido por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. Ese divorcio constituye un contrato, pero la aplicación al mismo de las categorías contractuales pone de manifiesto algunas disfunciones en las que el legislador posiblemente no ha reparado.

ABSTRACT: *The author approaches the figure of divorce at a notary's office, introduced in Spain by Act 15/2015 of July 2nd, on Voluntary Jurisdiction. This divorce is a contract, but applying to it of the contractual categories reveals some dysfunctions, in which the legislator has not perhaps thought.*

PALABRAS CLAVE: divorcio ante notario, contrato de divorcio.

KEY WORDS: *divorce at a notary's office; divorce agreement.*

SUMARIO: 1. EL DIVORCIO ANTE NOTARIO, PRINCIPAL NOVEDAD «CIVIL» DE LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA. 2. LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL DIVORCIO: FINAL DE UN PROCESO. 3. ¿EXISTE EL DIVORCIO-CONTRATO EN EL DERECHO EXTRANJERO? 3.1. *En Francia, no.* 3.2. *En Alemania, tampoco.* 3.3. *En Bélgica, tampoco.* 3.4. *En Holanda, tampoco.* 3.5. *En Portugal, tampoco.* 3.6. *En Italia, tampoco.* 3.7. *En los países nórdicos, tampoco.* 3.8. *En algunos países iberoamericanos, sí.* 4. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL DIVORCIO ANTE NOTARIO. 5. CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE DIVORCIO. 6. ALGUNAS CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL DIVORCIO. 7. LA NULIDAD DEL CONTRATO DE DIVORCIO. BIBLIOGRAFÍA.

---

### 1. EL DIVORCIO ANTE NOTARIO, PRINCIPAL NOVEDAD «CIVIL» DE LA LEY DE JURISDICCIÓN VOLUNTARIA

La Ley de Jurisdicción Voluntaria (Ley 15/2015, de 2 de julio), que ha venido a regular los expedientes que, tramitándose ante los órganos jurisdiccionales, no comportan controversia que deba sustanciarse en un proceso contencioso, también ha afectado a instituciones civiles y ha producido la reforma de preceptos sustantivos. Se contiene esto último, fundamentalmente, en la disposición final primera de la ley, que ha modificado 98 artículos del Código Civil. Ahora bien, no todas estas reformas pueden considerarse puramente «civiles». No lo son, entre otras, las relativas a dispensa de impedimentos, ni a tutela, ni, posiblemente, las relativas a los testamentos cerrado y ológrafo, ni a la partición ni a la consignación. Todas constituyen

---

<sup>1</sup> Este texto corresponde a la ponencia desarrollada en la Jornada sobre la Ley de Jurisdicción Voluntaria celebrada en Almería el día 27 de noviembre de 2014, y se enmarca en el Proyecto DER2014-5197-P, que dirige la profesora Carmen Senés Motilla. Pese a la adaptación para su publicación como artículo, el texto conserva el tono de la oralidad.

modificaciones de marcado carácter procesal o notarial, aunque, no por ello, hayan abandonado la casa común del Código civil. La razón la podemos leer en el Preámbulo de la Ley: habría sido perturbador —dice el texto— trasladar todas esas normas desde la ley sustantiva a la Ley de Jurisdicción Voluntaria, porque habrían quedado vacíos de contenido numerosos preceptos del Código Civil. Lo que no impide que también añada que «en el futuro razones de política legislativa puedan aconsejar otras posibles soluciones».

No obstante, hay reformas civiles en esta ley procesal y, como veremos, grandes reformas.

Ha desaparecido la emancipación por matrimonio del menor y la dispensa de edad para contraer matrimonio; se ha admitido a los ciegos y a los totalmente sordos o mudos como testigos en los testamentos; ha desaparecido la presunción muciana del artículo 1442 CC; se han modificado expresiones, en relación con la capacidad: «suficiente juicio» por «suficiente madurez», «incapaz» por «persona cuya capacidad está modificada judicialmente»<sup>2</sup>, etc. En fin, con relación a la forma del matrimonio, se ha introducido al notario en la posibilidad de celebrar el matrimonio y en la de instruir el acta o expediente matrimonial previos. Y también se ha permitido que la separación y el divorcio, siendo de mutuo acuerdo, y cuando no haya hijos menores ni incapacitados, pueda efectuarse ante el letrado de la Administración de Justicia o ante notario.

De todas estas «novedades» civiles, y de otras que no hemos mencionado, se ha dicho que «la reforma estrella de la Ley de Jurisdicción Voluntaria es el matrimonio ante notario»<sup>3</sup>. Sin embargo, a mi modo de ver, la gran reforma que ha traído al campo del Derecho civil la Ley de Jurisdicción Voluntaria ha sido el divorcio ante notario.

El matrimonio ante notario sigue siendo el mismo matrimonio de antes, y con la misma forma, sólo que ahora hay un funcionario más ante el que los novios pueden otorgar su consentimiento. El divorcio ante notario, en cambio, ya no es el mismo divorcio de antes (que sigue existiendo para otros supuestos, regulados en la LEC); y no porque haya cambiado su forma o sus efectos, sino porque ha cambiado su naturaleza. Ahora, este divorcio es un contrato. Ahora, el mutuo disenso puede disolver el matrimonio.

2 Dice la EM (III): «También se busca la adaptación a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006, la cual afecta a la nueva terminología, en la que se abandona el empleo de los términos de incapaz o incapacitación, y se sustituyen por la referencia a las personas cuya capacidad está modificada judicialmente.» Sin embargo, el Informe del Consejo de Estado se manifestó en contra de la sustitución de las expresiones «incapaz» o «incapacitación» por la de «capacidad modificada judicialmente» (vid. JORDÁ CAPITÁN, Eva, «La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la ley de jurisdicción voluntaria y por la proyectada en la ley de corresponsabilidad parental en algunos aspectos relativos a la disolución y la liquidación del régimen económico matrimonial», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num.9/2015 [consultado por internet, BIB\2015\4801]).

3 FERNÁNDEZ BRAVO, Luis, «De matrimonios y divorcios ante notario. La ley de jurisdicción voluntaria», publicado en <http://www.notariosenred.com/2015/06/de-matrimonios-y-divorcios-ante-notario-la-ley-de-jurisdiccion-voluntaria> (consulta: 25 noviembre 2015).

Se comprende que esto no haya llamado mucho la atención, hasta el momento, y que lo que haya preocupado a los que tímidamente —como yo— se han acercado al divorcio ante notario<sup>4</sup> es la gran cuestión de la nueva competencia que se atribuye al notario, consistente en el control de lesividad, relativo a las medidas del artículo 90 del Código civil, contenidas en el convenio regulador<sup>5</sup>, y las menos enjundiosas de si es más ventajoso, desde el punto de vista económico, el divorcio ante notario que ante letrado de la Administración de Justicia<sup>6</sup>; o de si la mujer embarazada puede divorciarse por esta vía o no; o de si el consentimiento de los hijos mayores de edad o emancipados, «respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar» (art. 82 CC), puede prestarse o no por representante<sup>7</sup>. Y se comprende porque el cambio operado en la naturaleza del divorcio, desde un cierto punto de vista, parece cosa natural: si el matrimonio cada vez se parece más a una unión de hecho, y si la unión de hecho cada vez tiene más efectos que antes eran exclusivos del matrimonio, lógico es que, pudiendo disolverse la unión de hecho por el mutuo disenso, el matrimonio, también.

Pero esta explicación debe completarse con otra: y es que, en materia de crisis matrimonial, se viene produciendo en España, desde hace mucho tiempo, un paulatino proceso de debilitamiento de la función del juez, de desjudicialización de la separación y del divorcio y, correlativamente, un proceso de promoción de la autonomía privada, en un campo que antes le estaba restringido. Un proceso que acompaña al de «desinstitucionalización» del matrimonio<sup>8</sup>.

<sup>4</sup> Me refiero a los trabajos posteriores a la Ley 15/2015. Con anterioridad, y sobre la base de los textos prelegislativos, Guillermo Cerdeira Bravo de Mansilla ha tratado reiteradamente de esta materia. Citamos ahora su último trabajo anterior a la reforma en el que resalta —amén algunas críticas— los aspectos positivos: equiparación de la libertad de divorciarse a la libertad de contraer matrimonio; contribución a la celeridad y economía del divorcio, etc. (CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria: su elogio, no exento de crítica», *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2014). Las demás obras —posiblemente, no todas las que ha dedicado a la materia—, se citan más adelante.

<sup>5</sup> Por ejemplo: PÉREZ HERESA, Juan, «La separación y divorcio notarial», *El Notario del Siglo XXI*, nº 63 (sept.-oct. 2015), pp. 23 y 24. Como acertadamente afirma este autor: «estamos ante un paso más allá del clásico control de legalidad notarial», porque el notario «no sólo debe denegar su autorización cuando se vulnere una norma imperativa [...], sino que debe hacer un control de equidad que, a diferencia de otros casos de denegación de funciones, parece que no podrá ser objeto de recurso ante la Dirección General (dados los estrictos términos en que se formula el artículo 90)» (ibid., p. 24).

<sup>6</sup> SÁNCHEZ GARCÍA, Jesús M<sup>º</sup>, «La alternatividad entre los letrados de la Administración de Justicia, notarios y registradores, en los supuestos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, obligaciones y expedientes de conciliación, en la ley de jurisdicción voluntaria», *Revista de Derecho vLex*, núm. 136, sept. 2015 (<http://vlex.com/vid/582810699> [consulta: 3 diciembre 2015]).

<sup>7</sup> Por ejemplo: GOMÁ LANZÓN, Fernando, «Divorcio de mutuo acuerdo ante notario: instrucciones de uso», en *¿Hay derecho?*, 22 julio 2015 (<http://hayderecho.com/2015/07/22/divorcio-de-mutuo-acuerdo-ante-notario-instrucciones-de-uso/> [consulta: 5 diciembre 2015]).

<sup>8</sup> Hace veinte años, Labbé enfrentaba el *mariage institution* al *mariage contrat*, y decía lo siguiente: «Si le mariage était un simple contrat, en revanche, on pourrait mettre fin au mariage de plusieurs manières. Le premier moyen serait la résiliation unilatérale : tout contrat à durée indéterminée peut être résilié unilatéralement, quitte à respecter un préavis. Le second moyen serait la révocation mutuelle (*mutuus*

## 2. LA DESJUDICIALIZACIÓN DEL DIVORCIO: FINAL DE UN PROCESO

Se pueden señalar cuatro hitos en este proceso.

a. En primer lugar, la admisión del mutuo consentimiento en el ejercicio de la acción de separación matrimonial, con posibilidad de transformación en divorcio pasado un tiempo, que comenzó en los países escandinavos (Suecia, Dinamarca, Noruega e Islandia) a finales de los años 60<sup>9</sup>, y que llegó a España, como es sabido, en 1981: al tiempo que «reestrenábamos» el divorcio, introducíamos la demanda conjunta y el convenio regulador, con la doble finalidad de agilizar el procedimiento y de permitir a los cónyuges la reglamentación amistosa de los efectos de su separación o de su divorcio, por medio de dicho convenio.

Pero ni el mutuo consentimiento en la separación o en el divorcio, ni estrictamente el convenio regulador<sup>10</sup>, constituían un contrato.

b. En segundo lugar, la paulatina admisión, por la doctrina y la jurisprudencia, de los pactos de separación matrimonial<sup>11</sup>.

c. En tercer lugar, la desaparición, por Ley 15/2005, de 8 julio, de la separación causal (que convivía con la separación de mutuo acuerdo) y del divorcio previo cese efectivo de la convivencia, que vinieron a instaurar una separación y un divorcio automáticos, sin posibilidad de oposición, cuando la acción era ejercida por uno sólo de los cónyuges: el juez —dijo la Exposición de Motivos de esa ley— «no podía rechazar la petición», salvo por motivos procesales, si bien, todavía tenía que homologar el convenio regulador.

Es indudable que esta regulación promocionó la autonomía privada de los cónyuges, aunque sin llegar, como alguien dijo, a convertir al divorcio en un repudio, porque el acto que producía la disolución seguía siendo una sentencia<sup>12</sup>.

---

*discensus*). D'un commun accord, les parties au contrat peuvent y mettre fin. Enfin, le troisième moyen est la résiliation par faute, pour manquement aux obligations contractuelles par l'une ou l'autre des parties» (LABBÉE, Xavier, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Asc, 1996, p. 90).

<sup>9</sup> DUMUSC, Daniel, *Le Divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Librairie Droz, Lausanne, 1980, p. 88.

<sup>10</sup> Del que se dice que no es un puro contrato, sino un acto mixto, mitad negocio jurídico y mitad acto de la autoridad [judicial], aunque la jurisprudencia considere preponderante esta segunda naturaleza [SSTS 2 enero 13 y 22 abril 1997].

<sup>11</sup> Sobre la cuestión puede verse: GARCIA RUBIO, María Paz, «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de Familia», *XIII Jornadas de Tossa de Mar*, Ed. Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 95–121.

<sup>12</sup> CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA dice que, en la Ley 15/2005, «el renacido repudio [renacido porque existía en Roma antes del Cristianismo] es formal, guarda ciertas solemnidades, especialmente, la intervención judicial, por razones de control público de legalidad y de seguridad jurídica (para terceros)» (CERDEIRA

d. El último momento de este proceso de privatización lo constituye la reforma que es objeto de estas líneas: la introducción de la posibilidad de una separación y de un divorcio de mutuo acuerdo ante notario, cuando no haya interés de un menor o de un incapacitado que proteger. Porque, en este caso, la separación matrimonial o el divorcio ya no es una «decisión del Estado, adoptada a través de los órganos jurisdiccionales, previo ejercicio de una acción»<sup>13</sup>; es acto de la autonomía privada de los cónyuges: un contrato; pero no un contrato que deba someterse a la autoridad judicial para su aprobación, como le sucede al convenio regulador en las demás separaciones y divorcios, sino un contrato que, para su perfección, sólo requiere que el consentimiento conste en escritura pública, previa comprobación, por el notario, de que ninguno de los acuerdos relativos a las medidas del artículo 90 CC son lesivos para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados.

Pues bien, ante tan copernicana transformación del divorcio, y con mucha modestia y cuidado por nuestra parte, porque el camino es dudoso y no ha sido transitado, conviene hacer dos cosas. Una, preguntarnos si esta configuración es una originalidad del legislador español, porque, de serlo, cabría deducir alguna inquietud. La otra sería analizar las consecuencias de la nueva naturaleza, de lo que, tal vez, surja alguna inquietud.

### 3. ¿EXISTE EL DIVORCIO-CONTRATO EN EL DERECHO EXTRANJERO?

Hagamos un pequeño recorrido por algunas legislaciones.

#### 3.1. *En Francia, no*

En Francia existen varias especies de divorcio: el *divorce par consentement mutuel* o *divorce par requête unique des époux* (arts. 230 y 232 *Code civil* y 1089 ss. *Code de procédure civile*), que tiene lugar cuando los esposos están de acuerdo en poner fin a su relación y en la regulación de sus efectos, pero que constituye siempre una decisión del tribunal, previa demanda conjunta; el divorcio *accepté*, para cuando los esposos están de acuerdo en el divorcio, pero no en la reglamentación de sus efectos; el divorcio por alteración definitiva del vínculo conyugal (o por cesación de la convivencia durante 2 años); y el divorcio por culpa, que puede demandar un cónyuge si el otro ha violado grave o reiteradamente los deberes matrimoniales haciendo insoportable la vida conyugal: violencia doméstica, injurias, infidelidad, etc.

Desde finales de los años 90, se ha propuesto varias veces en Francia la instauración de un divorcio administrativo; incluso, en 2007, de un divorcio ante notario. Pero, como

---

BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España», *Revista de Derecho Privado*, 2011, vol. noviembre-diciembre, p. 31).

<sup>13</sup> Expresión tomada de Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, vol. IV, 10ª ed., Madrid, 2006, p. 105, con relación al divorcio. Hay que recordar, no obstante, que la separación de hecho era una situación reconocida por el Derecho, con consecuencias jurídicas, y que también eran admitidos, como se ha recordado en el cuerpo de este trabajo, los pactos de separación matrimonial.

dice Pousson-Petit, «l'ordre public familial y a résisté»<sup>14</sup>. En Francia, lejos de una disminución de la intervención judicial en el divorcio *par consentement mutuel*, el juez no queda constreñido, en cuando a la disolución (y no sólo en cuando a los efectos consignados en la *convention*), por la demanda, pudiendo llegar a denegar el divorcio:

*Le juge homologue la convention et prononce le divorce s'il a acquis la conviction que la volonté de chacun des époux est réelle et que leur consentement est libre et éclairé. Il peut refuser l'homologation et ne pas prononcer le divorce s'il constate que la convention préserve insuffisamment les intérêts des enfants ou de l'un des époux. (art. 232 Code civil).*

Por cierto, que el artículo 1088 *Code de procédure civile* incluye el *divorce par consentement mutuel* en la jurisdicción voluntaria (*relève de la matière gracieuse*). Y este ejemplo sí que podía haberlo seguido el legislador español, aprovechando la Ley de Jurisdicción voluntaria, para introducir en ella, como expedientes de esa naturaleza, la separación y el divorcio de mutuo acuerdo en sede judicial, que permanecen en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Algunos autores —señaladamente Fernández de Buján— ya habían advertido, con anterioridad a la Ley, que tales supuestos eran verdaderos casos —probablemente, los más genuinos— de jurisdicción voluntaria<sup>15</sup>.

### 3.2. En Alemania, tampoco

En Derecho alemán, igualmente, el matrimonio sólo se puede disolver por resolución judicial, previa demanda de uno o de los dos esposos (§ 1564 BGB), y en virtud del principio denominado de «constancia del fracaso» (§ 1565 BGB); existiendo fracaso cuando no haya comunidad de vida entre los cónyuges y no se pueda esperar que ellos la restauren —lo que sucede cuando existe separación de un año (que permite que la demanda sea conjunta de los dos esposos o de sólo uno, con el consentimiento del demandado) o separación de tres (§§ 1566 BGB).

### 3.3. En Bélgica, tampoco

En Bélgica, hay dos tipos de divorcio: el divorcio por «desunión irremediable» (art. 229 *Code Civil*) y el divorcio por mutuo consentimiento (art. 230 *Code Civil*); habiendo desaparecido, en 2007, el divorcio por culpa y el divorcio por separación de dos años. Ambos son divorcios judiciales.

<sup>14</sup> POUSSON-PETIT, Jacqueline, «La contractualisation du droit de la famille en droit comparé», en SIFFREIN-BLANC, Caroline, AGRESTI, Jean-Philippe y PUTMAN, Emmanuel (dirs.), *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, § 26.

<sup>15</sup> En este sentido: Fernández de Buján, que cita estas palabras de Gómez Colomer [en *Derecho Jurisdiccional II., Parte Especial*, cit. pp. 729 ss.]: «estamos probablemente ante el mejor ejemplo que se puede poner de jurisdicción voluntaria, pues la ausencia de controversia es total...» (FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, «La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones», *Revista de Derecho*, año 5, nº. 9, 2006, p. 271, n. 15). También en la p. 274.

En el segundo, ciertamente, tiene cierto protagonismo la autonomía privada<sup>16</sup>. Los cónyuges, antes de presentar su demanda, deben haber firmado dos acuerdos, uno sobre los efectos personales y familiares de su divorcio y otro sobre los patrimoniales, debiendo éste último otorgarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de la Propiedad (*Bureau des hypothèques*) (arts. 1287 y 1288 *Code judiciaire*). Ambos acuerdos acompañarán a la demanda y será el Tribunal que declare el divorcio por medio de sentencia el que homologue los acuerdos relativos a los menores (art. 1298 *Code judiciaire*).

#### 3.4. En Holanda, tampoco

En Holanda sólo hay una clase de divorcio, regulado en los artículos 1-150 a 166 del *Burgerlijk Wetboek*, que es judicial y por una sola causa: la desunión de la pareja. La demanda puede ser conjunta o interpuesta por un solo cónyuge, alegando la imposibilidad definitiva de seguir manteniendo una comunidad de vida. La sentencia, no obstante, no será la que produzca la disolución, sino la inscripción de la misma en el Registro Civil.

Es interesante destacar que el Derecho holandés, hasta 2009, permitía un subterfugio que evitaba el divorcio judicial, denominado *flitsscheiding*. En virtud de la ley nº 2.72, de 21 de diciembre de 2000, se introdujo en el BW (art. 1-149), entre la causas de disolución del matrimonio, la conversión, por los esposos sin hijos a su cargo, de su matrimonio en unión de hecho registrada, por medio de un procedimiento de naturaleza administrativa, tramitado en el Registro Civil. Seguidamente, estos «convivientes» podían suscribir ante notario el acuerdo que ponía fin a su unión, extramatrimonial<sup>17</sup>.

#### 3.5. En Portugal, tampoco

En Portugal las cosas cambian un poco. En Portugal hay un divorcio de mutuo acuerdo y un divorcio sin el consentimiento del otro cónyuge, cada uno con su propio procedimiento. El primero fue implantado en 1995 (Decreto-ley nº 131/15, de 6 de junio<sup>18</sup>), y es el que solicitan ambos esposos ante la Oficina de Registro Civil o ante el Tribunal (en este último caso, cuando no han sido capaces de ponerse de acuerdo sobre cualquiera de los asuntos mencionados en el apartado 1 artículo 1775<sup>19</sup>). Cuando se trata del divorcio ante la Oficina del Registro civil, aunque su encargado (el conservador del Registro Civil) no sea un órgano judicial, dice el artículo 1776 del Código civil

<sup>16</sup> El segundo procede de una demanda conjunta de divorcio, cuando los cónyuges están de acuerdo en disolver su unión pero no en la regulación de los efectos, o de la demanda de uno sólo.

<sup>17</sup> Vid. POUSSON-PETIT, «La contractualisation du droit de la famille en droit comparé», cit., § 26.

<sup>18</sup> De Código de Registro civil y modificación del Código civil, modificado por el Decreto-ley nº 272/2001, de 13 de octubre, y Ley nº 1/200, de 31 octubre.

<sup>19</sup> O sea: inventario de bienes comunes con sus respectivos valores, en su caso acuerdo sobre su reparto, alimentos, destino de la vivienda familiar.

portugués que «decreta» el divorcio y que su decisión «produce los mismos efectos que las sentencias judiciales sobre idéntica materia».

En Portugal, pues, cuando hay acuerdo, y aunque haya hijos, el matrimonio se disuelve por un acto de naturaleza administrativa. Pero este «divorcio administrativo» portugués, que se sale ya de la órbita judicial, se mantiene todavía como decisión del Estado. Tiene por precedente al Derecho mexicano, en cuyo Código civil federal de 1932 (art. 272) se establece que el juez encargado del Registro civil del domicilio conyugal está habilitado para decretar el divorcio (en acto de naturaleza administrativa), pero sólo en el caso de que no haya hijos, a diferencia de Portugal. A su vez, el legislador mexicano del 32 lo tomó del Código de familia soviético de 1926: todo lo cual constituye, a mi modo de ver, un dudoso *pedigree* para este tipo de divorcio<sup>20</sup>.

### 3.6. En Italia, tampoco

En Italia, la *Legge* n. 162, de 10 de noviembre de 2014, de conversión en ley del *Decreto legge* n. 132, de 12 de septiembre de 2014, ha instaurado, como en Portugal, el divorcio administrativo (ante el *ufficiale dello stato civile*, con asistencia de abogado), para los casos de matrimonios sin hijos y sin patrimonio común que estén de acuerdo en divorciarse. No obstante, se ha mantenido la necesidad de separación previa y el intervalo de un *spatium deliberandi*.

Más recientemente, el régimen del divorcio se ha vuelto a modificar (*Legge* 6 de mayo 2015, n. 55, denominada *Legge sul Divorzio breve*<sup>21</sup>), pero sólo para rebajar el plazo que debe existir entre la separación y la solicitud de divorcio, que pasa de tres años a seis meses, cuando haya acuerdo entre los cónyuges, y a un año, cuando no exista ese acuerdo.

### 3.7. En los países nórdicos, tampoco

El «divorcio administrativo» no existe sólo en Portugal y en Italia. El divorcio «decretado» por autoridad administrativa existe también —conjuntamente con el divorcio judicial—, desde hace tiempo, en tres de los países nórdicos (Dinamarca, Noruega y Finlandia), para cuando los cónyuges están de acuerdo en el divorcio y en la regulación de sus efectos. Sin embargo, Suecia, que fue el primer país europeo en admitir el derecho incondicional de cada uno de los esposos al divorcio, sin necesidad de previa separación, conserva la disolución del vínculo como decisión judicial, que corresponde a los *Tingsrätt*, tribunales que también tienen encomendada la celebración de los matrimonios.

<sup>20</sup> En Rusia y en Ucrania (en caso de ausencia de hijos y conflicto sobre los efectos) se conserva este divorcio administrativo (DUTOIT, Bernard, et al., *Le divorce en Droit comparé*, vol 1., Librairie Droz, Genève, 2000, p. 13).

<sup>21</sup> Disposizioni in materia di scioglimento o di cessazione degli effetti civili del matrimonio nonche' di comunione tra i coniugi.

\* \* \*

No hemos agotado todos los países europeos, pero posiblemente los enunciados sean suficientes para poder afirmar la inexistencia del divorcio ante notario o contractual en Europa. Hemos visto, eso sí, que existe en algunos países un divorcio no judicial, pero tal divorcio sigue siendo una decisión del Estado.

¿Y fuera de Europa?

### 3.8. En algunos países iberoamericanos, sí

El divorcio-contrato ante notario existe en cinco países iberoamericanos<sup>22</sup>.

El divorcio notarial tiene su origen en Cuba, donde se implantó en 1994, y de donde pasó a otros países iberoamericanos, con distinto alcance. De hecho, hay dos tipos de divorcio notarial en Iberoamérica: mientras que en Brasil, en Ecuador y en Perú la intervención del notario en la disolución del matrimonio sólo se produce cuando éste no tiene hijos, en Cuba y en Colombia, también en el caso de que los haya<sup>23</sup>.

Por otra parte, hay que decir que el divorcio en estos países, a pesar de su privatización, es, con carácter general, mucho menos «liberal» que en España. En todos los Derechos iberoamericanos que admiten el divorcio ante notario, menos en Cuba, pervive un divorcio judicial, que es divorcio-sanción y que requiere de la previa separación de los esposos. En Cuba no existe divorcio-sanción, ni se requiere la previa separación, al igual

<sup>22</sup> También existe un divorcio contractual en China (*divorce by agreement* [art. 31 *Marriage Law*]) y en Japón (*divorce by mutual agreement* [*kyogi rikon*] [arts. 763 y 764 *Civil Code of Japan*]).

<sup>23</sup> 1. Cuba: Como decimos, fue el primer país que introdujo el divorcio de mutuo acuerdo notarial. Fue por Decreto-ley nº 154/1994, de 6 de septiembre.

2. Colombia: Dice el artículo 34 de la Ley 962/2005:

«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».

De todas formas, no está claro que se trate de un verdadero contrato: el Decreto nº 443 de 2005, que regula el trámite notarial del divorcio, habla de solicitud del divorcio ante el notario, aparte de que cuando habla de que el notario «autoriza», parece que quiere darle el contenido de que decide.

3. Ecuador: Se regula en la Ley 2006-62, de reforma de la Ley Notarial.

4. Brasil: El Código Civil de 2002 reguló el divorcio, conservando junto a él la separación conyugal. Con la aprobación de la Enmienda Constitucional Nº 66/2010 se transformó significativamente el instituto, suprimiéndose la separación legal, eliminándose la culpa así como el requisito de lapso temporal. Se regula en la Ley 1141/2007, 7 enero.

5. Perú: Se regula en la Ley 2227/2008, de 15 de mayo.

que sucede en España. Es, pues, el modelo cubano de divorcio el que ha sido adoptado por el legislador español entre 2005 y 2015 como, por otra parte, pedían algunos autores antes de la reforma<sup>24</sup>.

#### 4. LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL DIVORCIO ANTE NOTARIO

En el escaso tiempo que ha transcurrido desde la entrada en vigor de la Ley de Jurisdicción Voluntaria, los comentarios, conscientemente o no, eluden penetrar el núcleo de esta reforma y evitan afirmar que el divorcio ante notario es un contrato. Sin embargo, la «idea contractual» late en los textos prelegislativos, en el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley de Jurisdicción voluntaria. Contrario este Consejo a la desjudicialización de la separación y el divorcio (afirma que la «separación legal o el divorcio, aunque sean de mutuo acuerdo y no haya hijos menores o dependientes, no pued[e]n ser fruto del mutuo disenso sino que deb[e]n ser decretados por la autoridad judicial») dice:

«El prelegislador parece concebir que, salvo el caso de que el matrimonio tenga hijos menores o con la patria potestad prorrogada, la separación y el divorcio son actos o negocios jurídicos que constituyen un *simple reverso del matrimonio*. Y que, puesto que dos personas podrán casarse expresando su consentimiento matrimonial ante Notario, también deberían poder hacer otro tanto, expresando un consentimiento de signo opuesto, para separarse o divorciarse en los que podríamos llamar casos fáciles.»

Pero, sobre todo, la «idea contractual» está presente en el texto legal. Dice el nuevo artículo 89 del Código civil:

«[...] los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán [...] desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública [...]».

Y al consentimiento que produce efectos para los que lo otorgan lo llamamos «contrato».

Esto claro, conviene realizar varias precisiones:

Primero: que la intervención del notario en cuanto al control del contenido de los acuerdos adoptados para regular las consecuencias del divorcio (que supone una competencia hasta ahora «no notarial») no modifica la naturaleza negocial del acto, lo mismo que el mutuo acuerdo en el divorcio judicial no transformaba (antes de esta reforma) la sentencia en otra cosa.

24 Singularmente, CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, que estudió la cuestión en el año 2011 con el fin de fundamentar dicha reforma en la Constitución, y que afirmaba que la idea ya estaba en varios notarios: Campo Güerri, Gómez-Ferrer Sapiña, Carrión García de la Prada, De la Prada González, o Fajardo Estevill («Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba», cit.). En el mismo sentido, en «¿Matrimonios y divorcios ante notario?», *El Notario del siglo XXI*, nº 48 (2013).

Segundo: que el carácter negocial del divorcio ante notario es superior al carácter negocial del matrimonio, porque en ese divorcio toda la eficacia procede exclusivamente del simple acuerdo de voluntades; porque el notario, no sólo no otorga, ni celebra, sino que no declara. En cambio, en el matrimonio ante funcionario (sea notario o no), además de las declaraciones de voluntad de los contrayentes (en cuya virtud es contrato), hace falta todavía la intervención del funcionario (del notario) de declararlos unidos en matrimonio (art. 58 CC). Es este un rasgo «institucional» que todavía conserva el matrimonio.

Tercero: que el divorcio ante notario viene a reforzar el carácter contractual del matrimonio (en perjuicio de su menguante carácter institucional). Precisamente, el hecho de admitirse el mutuo disenso como causa de disolución del matrimonio, ha venido a resaltar la naturaleza contractual de éste. Hay que recordar que los partidarios de configurar el matrimonio como negocio no contractual se fundaban, entre otras cosas, en que los contratos se extinguen por mutuo disenso, mientras que el matrimonio, no.

Cuarto: que el divorcio ante notario plantea el mismo problema de naturaleza que el matrimonio. Para «una tradición jurídica secular»<sup>25</sup>, el matrimonio es (con mayor o menor acento en su simultáneo carácter institucional) un contrato; si bien, un contrato al que, por no tener contenido patrimonial o económico, no cabe aplicarle todo el régimen contractual, todas las categorías contractuales.

Quinto: que aunque no fuera calificado de contrato, sino de acto o de negocio jurídico productor de un vínculo entre las partes y de un estado civil, del que se derivan derechos y deberes, el divorcio ante notario pertenecería también al campo de la autonomía privada y, si bien no se le aplicarían las categorías contractuales (algunas; no todas, como hemos dicho) por subsunción, se le aplicarían por analogía.

Sexto: que, como contrato que es, produce los efectos que le son propios (disolución del matrimonio, extinción de los derechos y deberes que la condición de cónyuge lleva aparejados y, en su caso, establecimiento de medidas del artículo 90 CC) desde la perfección y no antes. Es decir, que la actuación anterior al divorcio ante notario (fase precontractual) no produce los efectos, que sí produce, en el divorcio judicial, la actuación previa a la sentencia, en concreto, la admisión de la demanda. Con otras palabras: que no se producen los efectos del artículo 102 CC<sup>26</sup>: que los cónyuges puedan vivir separados; que cese la presunción de convivencia conyugal; que queden revocados los consentimientos y poderes otorgados entre sí por los esposos; y que, salvo pacto en contrario, cese la posibilidad de vincular bienes privativos del otro cónyuge.

<sup>25</sup> La expresión es de Díez-PICAZO y GULLÓN (*Sistema de Derecho Civil*, cit., p. 63)

<sup>26</sup> Esto ha sido advertido por PÉREZ HERESA (op. cit., p. 24). La suspensión de la vida en común de los casados y la cesación de la posibilidad de vincular bienes del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica son efectos que se producirán con la perfección del contrato, conforme al artículo 83 CC.

\*\*\*

Pero una cosa es afirmar la naturaleza contractual del divorcio y otra desarrollar su régimen. Aunque este no es el momento de realizar semejante tarea, se puede hacer alguna reflexión sobre la configuración que resulta de los nuevos textos y sobre el alcance de la nueva naturaleza.

## 5. CONFIGURACIÓN DEL CONTRATO DE DIVORCIO

Venimos hablando del divorcio, o sea de la disolución del vínculo, sin decir que, lo mismo que sucede en el divorcio judicial, además de la disolución, se han de reglamentar en el contrato los efectos de la nueva situación en que quedan los ex-cónyuges, y, en su caso, sus hijos mayores de edad dependientes. Como dice el artículo 82 (aplicable al divorcio), «junto a la voluntad inequívoca de separarse, [se] determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación». El contenido contractual es, por tanto, complejo: por una parte, la disolución del vínculo y la consiguiente extinción de obligaciones matrimoniales, y, por otro, las medidas (del art. 90 CC) que regularían la nueva situación.

Esta duplicidad de contenido resulta con toda claridad del hecho de que las medidas contenidas en el convenio podrán ser objeto de nuevo contrato, mientras que el divorcio, no. Así se dice al final del artículo 90.3:

«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.»

También de aquí se pueden sacar algunas conclusiones:

a. Que hay un solo contrato aunque la escritura pública recoja, por una parte, el acuerdo de divorciarse —la disolución del vínculo— y, por otra, incorpore o transcriba el texto que establece las medidas que habrán de regular la nueva situación en la que quedan las partes y, en su caso, sus hijos mayores, en la medida en que lo acordado pueda afectarles: el nacimiento de obligaciones (alimentos, pensión compensatoria), la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiares, la liquidación del régimen económico, etc.

Y no es obstáculo a la unidad contractual que las medidas conformen un documento prerredactado (convenio regulador) que se incorpora a la escritura (lo que no es imprescindible, puesto que las medidas podrían constituir estipulaciones de la misma escritura), porque la voluntad contractual de los cónyuges otorgada ante notario también las comprende.

No obstante, la unidad contractual (el divorcio como un todo) no ha sido expresada con acierto por el legislador. Del tenor del artículo 90.2, en su párrafo tercero, podría deducirse que, cuando el notario aprecia lesividad en alguna de las medidas, deber dar

por terminado el expediente, pero sólo en lo que a éstas se refiere, y no a la declaración de divorcio. Y esta interpretación no es gratuita, porque la exigencia de declarar terminado el expediente y rehusar la autorización no está en los artículos 82 y 87 (relativos a la separación y al divorcio como un todo) sino, como queda dicho, en el artículo 90, que se refiere sólo a las medidas que han de constar en el convenio. Veamos lo que dice dicho texto:

«Cuando los cónyuges formalizasen los acuerdos ante el Secretario judicial o Notario y éstos 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 sólo podrán acudir ante el Juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.»

Sin embargo, como decimos, hay que estar por la unidad. No tendría sentido que los cónyuges salieran de la notaría divorciados y con su régimen económico-matrimonial disuelto, pero sin haber reglamentado lo que concierne a las medidas, debiendo de acudir, para ello, al juzgado. En ayuda que el intérprete debe de estar siempre dispuesto a prestar al legislador poco cuidadoso, encontramos lo siguiente: que el precepto (art. 90 CC) sigue llamando cónyuges a las partes que, saliendo de la notaría, se dirigen al juzgado.

b. Que, aunque es clara esta distinción de contenidos (disolución y medidas) y que no se debe confundir una cosa con otra, existe en los nuevos preceptos cierta confusión respecto del término que unifica las medidas: el convenio regulador. Dicen los artículos 82 y 87 que los cónyuges pueden acordar su separación o su divorcio «mediante la formulación de un convenio regulador»; o sea, que el convenio regulador parece que incluiría el acuerdo de separación o de divorcio. Habla, por otra parte, el artículo 83 (relativo a la separación) de la «escritura pública del convenio regulador» como del todo que produce la suspensión de la vida común y el cese de la posibilidad de vincular bienes del otro en ejercicio de la potestad doméstica. Con estos datos normativos parecería que el convenio regulador ya no es lo que era, que el convenio regulador es la minuta del contrato de divorcio que incorpora las medidas del artículo 90. Pero, no. El artículo 90 dice que «el convenio regulador [...] deberá contener [...], los siguientes extremos [...]», y enumera —como antes de la reforma hacía— seis extremos, sin que ninguno de ellos se refiera a la declaración de separación o de divorcio. Existe, pues, una mala redacción, una falta de definición de conceptos, una antinomia conceptual entre los artículos 82, 83 y 87 y el 90.

c. Que por lo que respecta al divorcio en sentido estricto, el objeto contractual es el vínculo que se disuelve, las obligaciones matrimoniales que se extinguen, no el estado civil. Por eso, el contrato de divorcio no es contrario al orden público, ni contradice la general sustracción de la materia de estado civil al juego de la voluntad, a la autonomía privada. Que el contrato de divorcio venga a producir la modificación del estado civil, no quiere decir que lo tenga por objeto. También modifica el estado civil el contrato de

matrimonio y tampoco lo tiene por objeto. Tanto uno como otro son actos que no quedan sustraídos a la autonomía privada de las partes por razón de orden público. Otra cosa es que el objeto del contrato (al igual que la forma) esté sustraído a la autonomía privada y venga fijado de forma imperativa por el Derecho, sin que las partes puedan cambiar el contenido contractual.

d. Que por lo que hace a las medidas, no son todas ellas necesarias. En el nuevo texto del artículo 90, que resulta de la Ley 15/2015, ya no se dice sólo que el convenio «deberá contener, al menos, los siguientes extremos [...]», sino que se ha añadido: «siempre que fueran aplicables». Así pues, puede resultar que, salvo la relativa a la vivienda familiar, que ha de existir siempre, por imperativo del artículo 70 CC, no haya otras medidas en el convenio<sup>27</sup>.

d. Que, aunque el divorcio ante notario evita el divorcio en sede judicial, no es un contrato de transacción. La transacción, dice el artículo 1809 CC, «es un contrato por el cual las partes [...] evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado». Pero con el contrato de divorcio el único «pleito» que pueden evitar o poner término las partes no es ningún litigio, sino el divorcio decretado por el Letrado de la Administración de Justicia que, aunque regulado todavía en la Ley de Enjuiciamiento Civil, pertenece al orden de la jurisdicción voluntaria —es un procedimiento sin contención, un expediente—. Por definición, y dado el presupuesto común de ambos divorcios (inexistencia de hijos menores o incapacitados y mutuo acuerdo), queda excluida la contención, o sea, el pleito.

En el caso de que preexistiera una demanda de divorcio de un sólo cónyuge, no existiendo hijos menores ni incapacitados, el divorcio ante notario —el contrato de divorcio— no podría darse sin el previo desistimiento, y sería éste el que pondría término al pleito, no el divorcio en la escritura subsiguiente. De no ser así, el contrato de divorcio constituiría un acuerdo extrajudicial contrario al artículo 1814, que dice que «no se puede transigir sobre [...] cuestiones matrimoniales [...]».

f. Que, además del contenido complejo del que hemos hablado, nada impide que se puedan añadir otras estipulaciones, para las que no regiría la limitación de objeto que existe con relación al divorcio y a las medidas del artículo 90. Con relación a otros posibles contenidos que las partes puedan establecer, el único límite es el del artículo 1255 CC: los cónyuges podrán «establecer los pactos, cláusulas y condiciones que tengan por conveniente, siempre que no sean contrarios a las leyes, a la moral y al orden público». Podrán hacerse donaciones, reconocerse deudas, establecer estipulaciones a favor de tercero, etc.

<sup>27</sup> Por ejemplo: no es necesaria la liquidación de la sociedad de gananciales. Primero, porque puede que no haya bienes gananciales; segundo, porque puede haber sido liquidada con anterioridad (si la separación precedió al divorcio o si se otorgaron capitulaciones); tercero porque los cónyuges no están obligados a hacerla, como señala JORDÁ CAPITÁN, «La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la ley de jurisdicción voluntaria», cit. [consultado por internet: BIB\2015\4801].

## 6. ALGUNAS CONSECUENCIAS QUE SE DERIVAN DE LA NATURALEZA CONTRACTUAL DEL DIVORCIO

Resulta atractivo saber que acaba de venir al mundo un nuevo objeto de especulación jurídica. Y que, como es neonato (aunque ya han pasado más de cuatro semanas), se le puede dedicar una atención que las viejas categorías ya no necesitan. Podemos lanzarnos al análisis, a la construcción jurídica de la nueva figura, pero antes debemos detenernos un momento en sopesar, siquiera sea *grosso modo*, las consecuencias. No me refiero a las consecuencias que hasta ahora han preocupado, de carácter organizativo y económico (descongestión de juzgados, abaratamiento del trámite, etc.), sino a las consecuencias jurídicas. Y estas consecuencias surgen en el momento en que comenzamos a aplicar el régimen contractual al divorcio.

Ya hemos dicho que al divorcio ante notario (divorcio contractual) no se le pueden aplicar todo el régimen del contrato. Por ejemplo:

- no puede estar sometido a condición ni a término, por aplicación a contrario del art. 45 CC: debe ser siempre un acto puro.
- no es revocable (a diferencia del contrato de separación): si las partes se arrepienten, no bastará con revocar el contrato de divorcio<sup>28</sup>. El artículo 85 del CC, que no ha sido reformado, sigue diciendo que «el matrimonio se disuelve [...] por la muerte o la declaración de fallecimiento de uno de los cónyuges y por el divorcio»; o sea, que la eficacia disolutoria es la misma en los tres supuestos, lo que excluye la revocación. Pero es más: el artículo 88, que tampoco ha sido reformado, sigue diciendo que «la reconciliación posterior al divorcio no produce efectos legales, si bien los divorciados podrán contraer entre sí nuevo matrimonio».

Hay otras posibilidades que admite el contrato, pero que resultan dudosas en su aplicación al divorcio ante notario:

- la posibilidad del otorgamiento por separado de la escritura, lo que no deja de ser interesante habida cuenta de que a los cónyuges les puede resultar gravoso comparecer juntos al otorgamiento (no hay que olvidar que la escritura de divorcio no es la de matrimonio). O sea, la cuestión de la exigencia o no de la unidad de acto.
- la posibilidad de que el consentimiento de los hijos mayores afectados por las medidas pueda prestarse por medio de representante.
- la posibilidad del divorcio del notario «por mí y ante mí», que se podría plantear en virtud de lo establecido en el artículo 13 del Reglamento Notarial, que lo único que impide es que el acto atribuya derechos al notario o a su esposa o a parientes

<sup>28</sup> No obstante, la irrevocabilidad sólo es aplicable respecto del divorcio, no respecto de la reglamentación de sus efectos, o sea, de los acuerdos contenidos en el convenio regulador.

hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad; lo que, por lo que respecta al divorcio, o sea, a la disolución del vínculo, no se produce. Muy al contrario, lo que se produce es la extinción de derechos: los que resultan del matrimonio. Bien es cierto que, por lo que respecta a la liquidación del régimen económico y a alguna otra de las medidas del artículo 90, sí puede resultar una atribución de derechos, pero no necesariamente: puede darse el caso, por ejemplo, de que exista previa separación y ya no haya régimen que liquidar<sup>29</sup> ni vivienda familiar cuyo uso atribuir, por no referirnos a otras medidas. Además de que, como hemos dicho, el nuevo texto del artículo 90, ya no dice sólo que el convenio «deberá contener, al menos, los siguientes extremos [...]», sino que ha añadido «siempre que fueran aplicables»<sup>30</sup>.

Sin embargo, hay otras categorías que sí se le pueden aplicar al divorcio ante notario. Singularmente, la nulidad.

#### 7. LA NULIDAD DEL CONTRATO DE DIVORCIO

La categoría de la nulidad afecta a todos los contratos; afecta al matrimonio y debe afectar al contrato de divorcio, aunque a ninguno de los dos se les pueda aplicar el mismo régimen de la nulidad que se aplica a los contratos de naturaleza patrimonial. Así pues, como le sucede al matrimonio, los vicios del consentimiento darán lugar a la nulidad absoluta y no a la anulabilidad; la nulidad del divorcio deberá ser declarada judicialmente, sin que las partes puedan actuar como si estuviesen en la misma situación preexistente a la escritura de divorcio, es decir, teniendo por existente el matrimonio disuelto. Incluso hay aspectos de la nulidad matrimonial que no serían admisibles en la del divorcio: la actuación de las partes no podría convalidar el divorcio nulo, a diferencia de lo que sucede en algunos supuestos de matrimonio nulo, porque son supuestos de falta de requisito previo para el matrimonio (casos de menor edad y de impedimento dispensado con posterioridad).

La nulidad aplicada al contrato de divorcio puede parecer banal: si éste fuera nulo, los cónyuges, o uno de ellos siempre podría instar el divorcio en sede judicial, que no tiene este inconveniente. Pero las cosas no son tan fáciles. En primer lugar, porque no se puede repetir divorcio mientras el primero no sea declarado nulo. En segundo, porque si ya se ha interpuesto demanda de nulidad del contrato de divorcio, no debería admitirse o, al menos, resolverse, una posterior demanda de divorcio, porque de hacerlo podría resultar que, si se declara válido el contrato de divorcio, tendríamos, para un mismo matrimonio, dos divorcios. En tercero, porque la acción de nulidad no prescribe. Y este es el grave problema de la nulidad: porque si la acción de nulidad del contrato de divorcio se ejerce pasados los años y se declara la misma, resultará que las

29 Sobre la no necesidad de la liquidación, vid. JORDÁ CAPITÁN, «La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la ley de jurisdicción voluntaria», cit. [consultado por Internet: BIB\2015\4801].

30 No obstante, si bien no todas las medidas son siempre necesarias, si lo es la relativa a la vivienda familiar, porque ésta que ha de existir siempre, por imperativo de los arts. y 70 CC.

partes contractuales habían permanecido esposos durante todo ese tiempo; y vigente el matrimonio, vigentes los derechos, y vigentes los deberes y los efectos, incluidos los económicos —salvo para el ex cónyuge de buena fe—. Y, entonces, pasados esos años, es evidente que estos «nulo-divorciados» podrían ejercer (o uno de ellos) la acción de divorcio de su redivivo matrimonio, pero el decreto de divorcio (o la sentencia) tendría efectos *ex nunc*, mientras que aquella de nulidad los tuvo *ex tunc*. Y en cuarto, y por último, porque la legitimación activa para ejercer la acción de nulidad la posee cualquiera que tenga interés legítimo (Ministerio Fiscal, hijos, acreedores)<sup>31</sup>, aunque, por analogía con el matrimonio, en el caso de vicio del consentimiento, sólo tendría acción el cónyuge afectado.

Y no son difíciles de imaginar los supuestos de nulidad del divorcio. Por ejemplo:

- por ser contrario a norma imperativa:
  - cuando la mujer estaba embarazada y no lo manifestó al notario, porque en ese caso éste no habría seguido adelante con el expediente, por aplicación del artículo 82 CC («cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores») en relación con el 29.
  - cuando, en lo que a los acuerdos del artículo 90 se refiere, el convenio haya sido autorizado por un notario, habiéndolo denegado otro anteriormente por su carácter lesivo, puesto que, conforme al artículo 90.2, una vez advertidos de ese carácter lesivo, los cónyuges sólo pueden acudir al juez.
- por vicio del consentimiento de uno de los cónyuges; sobre todo, por coacción o miedo grave (art. 76).
- por vicio del consentimiento de los hijos mayores o menores no emancipados que, en su caso, deben comparecer en el otorgamiento.
- por simulación, o sea, cuando los cónyuges, pese a expresar formalmente su consentimiento a la disolución del vínculo, no quieren realmente que se extinga. Sería el caso, por ejemplo, del divorcio por razones fiscales: para poder tener dos viviendas habituales, en vez de una.

En fin, llegados a este punto, no cabe sino preguntarse si el legislador fue consciente del cambio de naturaleza que iba a sufrir el divorcio, de las consecuencias que esa transmutación iba a producir y, sobre todo, de que la escritura no sería tan definitiva como la sentencia firme de divorcio. Podemos pensar que sí, y que verdaderamente quiso un divorcio tan contractual como el matrimonio y, como él, susceptible de

<sup>31</sup> Con carácter general, para los contratos lo predica la jurisprudencia [SSTS 12 abril 1955, 14 noviembre 1986] y, con carácter específico, para el matrimonio, lo establece el art. 74 CC.

ineficacia. Lo cual no deja de tener cierta lógica: si el matrimonio no es para toda la vida, que tampoco el divorcio lo sea.

#### BIBLIOGRAFÍA:

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «¿Matrimonios y divorcios ante notario?», *El Notario del siglo XXI*, nº 48 (2013) (en <http://www.elnotario.es/index.php/hemeroteca/revista-48/opinion/opinion/140-matrimonios-y-divorcios-ante-notario-0-4279887559153035> [consulta: 3 diciembre 2015]).

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «Separaciones y divorcios por mutuo acuerdo ante notario en el anteproyecto de Ley de Jurisdicción Voluntaria: su elogio, no exento de crítica», *Revista de Derecho Privado*, XCVIII (2014), pp. 97-115.

CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA, Guillermo, «Matrimonio (no) formalizado y divorcio notarial en Cuba: una propuesta de futuro para España», *Revista de Derecho Privado*, XCV (2011), pp. 3-56.

DUMUSC, Daniel, *Le Divorce par consentement mutuel dans les législations européennes*, Librairie Droz, Lausanne, 1980.

DUTOIT, Bernard, et al., *Le divorce en Droit comparé*, Librairie Droz, Genève, 2000, vol. 1.

FERNÁNDEZ BRAVO, Luis, «De matrimonios y divorcios ante notario. La ley de jurisdicción voluntaria» (en <http://www.notariosenred.com/2015/06/de-matrimonios-y-divorcios-ante-notario-la-ley-de-jurisdiccion-voluntaria> [consulta: 25 noviembre 2015]).

FERNÁNDEZ DE BUJÁN, Antonio, «La reforma de la jurisdicción voluntaria: problemas, interrogantes, soluciones», *Revista de Derecho*, V-9 (2006), pp. 87-102.

GARCÍA RUBIO, María Paz, «Acuerdos prematrimoniales. De nuevo sobre la libertad y sus límites en el Derecho de Familia», *XIII Jornadas de Tossa de Mar*, Ed. Documenta Universitaria, Girona, 2005, pp. 95-121.

GOMÁ LANZÓN, Fernando, «Divorcio de mutuo acuerdo ante notario: instrucciones de uso», *¿Hay derecho?*, 22 julio 2015 (en <http://hayderecho.com/2015/07/22/divorcio-de-mutuo-acuerdo-ante-notario-instrucciones-de-uso/> [consulta: 5 diciembre 2015]).

JORDÁ CAPITAN, Eva, «La incidencia y oportunidad de la reforma operada por la ley de jurisdicción voluntaria y por la proyectada en la ley de corresponsabilidad parental en algunos aspectos relativos a la disolución y la liquidación del régimen económico matrimonial», *Revista Doctrinal Aranzadi Civil-Mercantil*, num. 9/2015 (consultado por internet, BIB\2015\4801: 3 diciembre 2015).

LABBÉE, Xavier, *Les rapports juridiques dans le couple sont-ils contractuels?*, Presses Universitaires du Septentrion, Villeneuve-d'Asc, 1996.

PEREZ HERESA, Juan, «La separación y divorcio notarial», *El Notario del Siglo XXI*, nº 63 (2015), pp. 23 y 24.

POUSSON-PETIT, Jacqueline, «La contractualisation du droit de la famille en droit comparé», en SIFFREIN-BLANC, Caroline, AGRESTI, Jean-Philippe y PUTMAN, Emmanuel (dirs.), *Lien familial, lien obligationnel, lien social*, Presses Universitaires d'Aix-Marseille, 2013, § 26.

SÁNCHEZ GARCIA, Jesús M<sup>a</sup>, «La alternatividad entre los letrados de la Administración de Justicia, notarios y registradores, en los supuestos de separación o divorcio de mutuo acuerdo, obligaciones y expedientes de conciliación, en la ley de jurisdicción voluntaria», *Revista de Derecho vLex*, núm. 136, sept. 2015 (en <http://vlex.com/vid/582810699> [consulta: 3 diciembre 2015]).

Fecha de recepción: 21.11.2015

Fecha de aceptación: 09.12.2015