

NEGATIVA DEL NOTARIO AL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA
PÚBLICA DE SEPARACIÓN O DIVORCIO. CONSECUENCIAS
PROCESALES. ESPECIAL REFERENCIA AL EXCESO DE CELO EN LA
LEY DE LA JURISDICCIÓN VOLUNTARIA SOBRE LA PRESTACIÓN DEL
CONSENTIMIENTO DE LOS HIJOS

*NEGATIVE OF THE NOTARY TO THE AWARD OF PUBLIC WRITING OF SEPARATION
OR DIVORCE. PROCEDURAL CONSEQUENCES. SPECIAL REFERENCE TO EXCESS OF
ZEAL IN THE LAW OF THE VOLUNTARY JURISDICTION ON THE PROVISION OF THE
CONSENT OF THE CHILDREN*

ANA ISABEL SERVÁN ALEGRE

Abogada

Doctoranda en Derecho Privado, Universidad de Salamanca, España

aiservan@gmail.com

RESUMEN: El legislador, tras la reforma del Código Civil por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, permite a los cónyuges acudir al Notario para tramitar su separación o divorcio de mutuo acuerdo. El presente trabajo examina los motivos y las consecuencias procesales de la negativa del Notario al otorgamiento de escritura pública de separación o divorcio. Entre otras cuestiones, será fundamental el consentimiento de los hijos mayores de edad o menores emancipados respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. Así pues comprobaremos el grado de intervención de los hijos mayores de edad o menores emancipados en el divorcio de sus padres y las múltiples interpretaciones de esta exigencia legal.

PALABRAS CLAVE: divorcio, mutuo acuerdo, hijos mayores de edad, menores emancipados, ingresos propios, domicilio familiar.

ABSTRACT: The legislator, after the reform of the Civil Code by Law 15/2015, of July 2, of the Voluntary Jurisdiction, allows the spouses to go to the Notary to process their separation or divorce by mutual agreement. The present work examines the reasons and procedural consequences of the Notary's refusal to grant a public deed of separation or divorce. Among other issues, the consent of the children of legal age or minors emancipated with respect to the measures that affect them due to lack of their own income and to live in the family home will be fundamental. So we will check the degree of intervention of children of legal age or minors emancipated in the divorce of their parents and the multiple interpretations of this legal requirement.

KEY WORDS: divorce, mutual agreement, children of legal age, emancipated minors, own income, family home.

FECHA DE ENTREGA: 14/06/2018 *FECHA DE ACEPTACIÓN:* 30/06/2018

SUMARIO: I. CONSIDERACIONES PREVIAS.- II. NEGATIVA DEL NOTARIO AL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA DE DIVORCIO. CONSECUENCIAS PROCESALES.- III. ESPECIAL REFERENCIA AL CONSENTIMIENTO DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD O MENORES EMANCIPADOS.

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en su Disposición Final Primera, mediante la modificación de determinados artículos del Código Civil, amplía la autonomía de la voluntad de los cónyuges permitiéndoles la tramitación de su separación o divorcio de mutuo acuerdo de forma alternativa entre el Notario y el Letrado de la Administración de Justicia. Sin embargo, en este trabajo únicamente nos centraremos en las separaciones o divorcio tramitados ante Notario¹.

Así, establece el artículo 82 del Código Civil que “1. Los cónyuges podrán acordar su separación o divorcio de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial² o en escritura pública ante Notario [...]”. El artículo 87 del Código Civil, respecto del divorcio, afirma: “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 [...]”.

De la nueva redacción dada por el artículo 82 del Código Civil se desprenden una serie de requisitos fundamentales para que los cónyuges puedan acudir al Notario para tramitar su separación o divorcio, que son los siguientes: que la separación sea de mutuo acuerdo, que hayan transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio y que no existan hijos menores de edad o mayores con la capacidad modificada judicialmente.

Uno de los temas más controvertidos en cuanto al otorgamiento de escritura pública de separación o divorcio ante Notario es el consentimiento obligatorio que tienen

¹ De los datos ofrecidos por el Instituto Nacional de Estadística en las Notas de prensa de fecha 25 de septiembre de 2017 (http://www.ine.es/prensa/ensd_2016.pdf), teniendo en cuenta que en el año 2016 el 76,6 % de los divorcios y el 85,1 % de las separaciones fueron de mutuo acuerdo y que el 43 % de los cónyuges que se divorciaron o separaron, bien de mutuo acuerdo o de forma contenciosa, no tenían hijos (menores de edad o mayores dependientes) y el 4,6 % de los cónyuges sólo tenían hijos mayores de edad dependientes económicamente, podemos afirmar que en la actualidad existe un gran número significativo de parejas que tienen la posibilidad de acudir al Notario para tramitar su separación o divorcio de mutuo acuerdo.

² Cabe hacer una precisión y es que la reforma operada por la Ley de la Jurisdicción Voluntaria ha utilizado una terminología arcaica ya que los Secretarios judiciales han pasado a denominarse “Letrados de la Administración de Justicia” a raíz de la reforma operada en la Ley 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

que prestar los hijos mayores de edad o menores emancipados que carezcan de ingresos propios y convivan en el domicilio familiar respecto de las medidas que les afecten.

Antes de la reforma de este artículo, producida en 2015, no existía ningún artículo que de forma directa aludiera a la necesidad de que los hijos mayores de edad o menores emancipados tuvieran que intervenir en la separación o divorcio de sus padres.

II. NEGATIVA DEL NOTARIO AL OTORGAMIENTO DE ESCRITURA PÚBLICA DE DIVORCIO. CONSECUENCIAS PROCESALES

El artículo 90, apartado 2, párrafo tercero, del Código Civil (redactado por el apartado veintitrés de la disposición final primera de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria) *dispone lo siguiente*: «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».

De acuerdo con lo estipulado en el artículo 90, apartado 2, del Código Civil el Notario deberá emitir un juicio de valor sobre los acuerdos pactados por los cónyuges en el convenio regulador y en el supuesto de que aprecie que alguno de ellos pudiera ser dañoso o perjudicial para uno de los cónyuges o para el/los hijo/s mayor/es de edad o menor/es emancipado/s dará por terminado el expediente. En este supuesto, la única vía posible para que los cónyuges puedan tramitar su separación o divorcio será acudir a la vía judicial.

Un problema que puede plantearse es que, ante la negativa del Notario de otorgar la escritura pública de separación o divorcio, por dar por terminado el expediente, puedan los cónyuges acudir a otro Notario para la tramitación de su separación o divorcio. Esto es debido a que no existe conexión telemática que permita al Notario notificar que ha dado por terminado un expediente de separación o divorcio, ni los motivos por los que se niega a tramitar el mismo. Por ello sería conveniente, para así evitar la repetición de expedientes, la colaboración institucional para la creación de una conexión telemática entre el cuerpo notarial que permita al Notario notificar la terminación de un expediente y los motivos por los que no ha procedido al otorgamiento de escritura pública de separación o divorcio. En este sentido, el único mecanismo de comunicación de los expedientes de separación o divorcio ante Notario que prevé la ley es el artículo 61 de la Ley 20/2011, de 21 de julio, del Registro Civil³. En este artículo se contempla la obligación que tiene el Notario de

³ Redactado por el apartado cinco de la disposición final cuarta de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria.

remitir por medios electrónicos a la Oficina General del Registro Civil la escritura pública de separación o divorcio; sin embargo, no existen esos medios electrónicos a los que alude la ley; por lo que de momento se podrá enviar únicamente una copia autorizada en formato papel.

III. ESPECIAL REFERENCIA AL CONSENTIMIENTO DE LOS HIJOS MAYORES DE EDAD O MENORES EMANCIPADOS

Es novedosa la intervención de los hijos mayores o menores emancipados mediante la prestación de su consentimiento en la separación o divorcio de sus padres ante Notario. Así, el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 82 del Código Civil exige que para el otorgamiento de escritura pública de separación o divorcio (artículo 87 del Código Civil) “los hijos mayores de edad o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario Judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”; requisito que a nuestro juicio necesita de un mayor desarrollo legislativo.

Antes de adentrarnos en el núcleo de este apartado, procede señalar unas breves pinceladas sobre dos Enmiendas presentadas al Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria. Mediante la Enmienda número 327 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista al Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria (Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, X Legislatura, 22 de abril de 2015), se propuso la modificación de la Disposición final primera, apartado dieciséis (luego Disposición final primera, apartado dieciocho de la Ley de la Jurisdicción Voluntaria) que contenía la nueva redacción del artículo 82 del Código Civil. En lo que nos atañe en este trabajo cabe destacar que en esta Enmienda se propuso la supresión del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 82 del Código Civil que dice: “Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”; y también se propuso la adición en el apartado 2 del artículo 82 del Código Civil de lo siguiente: “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, ni cuando haya hijos mayores o menores emancipados a los que pueda afectar por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar”. La motivación expuesta en esta Enmienda del Grupo Parlamentario Socialista es la siguiente: «[...] Además de a la convivencia y al vínculo, la separación y el divorcio también afectan a estas relaciones, por lo que no parece que pueda reducirse a un mero acuerdo entre las partes la determinación de los efectos. La acumulación en vía judicial de la decisión sobre la separación o divorcio y sobre los alimentos de los hijos mayores o emancipados que, careciendo de ingresos propios, convivan en el domicilio familiar. Esta acumulación no responde sino a un criterio de economía procesal, pero en ningún caso a la identificación de la cuestión de los alimentos como uno de los efectos propiamente atribuibles a la crisis matrimonial. Por ello, a diferencia del proceso judicial donde cabe la acumulación de los distintos aspectos relevante al acuerdo de separación,

toda vez que es esa instancia la que en última instancia ha de velar por los derechos de las partes implicadas, en el caso del expediente notarial no parece apropiado que esos asuntos queden bajo la esfera del notario, y mucho menos que puedan acumularse junto con la separación o divorcio en sí mismos; entre otras cosas porque hay derechos, como el de alimentos que no cabe entender perdidos por la firma de los mayores afectados».

En el mismo sentido, la Enmienda número 328 presentada por el Grupo Parlamentario Socialista propuso la modificación de la Disposición final primera, apartado veintiuno, del Proyecto de Ley de la Jurisdicción Voluntaria, que contenía la redacción del artículo 90 del Código Civil; modificación que no incluía referencia alguna en el párrafo tercero del apartado 2 del artículo 90 del Código Civil sobre la obligatoriedad por parte del Notario (o Letrado de la Administración de Justicia) de valorar si en el convenio regulador presentado por los cónyuges existía alguna medida que pudiese resultar dañosa o gravemente perjudicial para los hijos mayores de edad o menores emancipados. Y esto en relación con la necesidad de la supresión de la separación o divorcio notarial en el caso de la existencia de hijos mayores de edad dependientes por no tener ingresos propios.

Para hacernos una idea sobre el exceso de celo existente en la legislación ante la existencia de hijos mayores o menores emancipados en la tramitación de separación o divorcio de mutuo acuerdo, debemos interpretar el citado artículo 82.1 párrafo 2 del Código Civil. El problema fundamental es ¿respecto qué medidas puede el hijo mayor de edad o menor de edad emancipado dar su consentimiento?, ¿qué pasa si no prestan su consentimiento?

El hijo mayor de edad o menor emancipado deberá prestar su consentimiento respecto de las medidas que le afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. En mi opinión la ley es bastante clara refiriéndose entonces al uso de la vivienda familiar y a la posible pensión de alimentos que pudiera corresponderle cuando alude a la expresión “respecto de las medidas que le afecten”. Obviamente no se trata de que los hijos presten su consentimiento respecto de la separación o divorcio de sus padres, pues el acuerdo de divorcio o separación no puede depender de otras voluntades distintas de los cónyuges, es decir de terceros.

Este consentimiento obligatorio que deben prestar los hijos mayores o menores emancipados, en opinión de CARRIÓN VIDAL, A. «Se trata la anterior de una regla que desgraciadamente tiene que ver, y mucho, con la ya más que prolongada crisis económica que sufre el país. Y es que el legislador parte ya del dato inexorable representando por los miles de jóvenes mayores de edad que, al carecer de trabajo y consecuentemente de ingresos propios, carecen asimismo de cualquier otra alternativa que no sea la de “convivir en el domicilio familiar”. La referencia a los “menores emancipados” quizá se ofrezca innecesaria y responda en definitiva al prurito legislativo de referirse a ellos cuando, anteriormente, lo ha hecho a “los hijos

mayores de edad»⁴.

La obligatoria prestación del consentimiento de los hijos mayores de edad o menores emancipados en la escritura pública de separación o divorcio puede limitar la libertad de los cónyuges de tramitar su separación o divorcio de mutuo acuerdo; este consentimiento puede resultar en ocasiones perjudicial para los cónyuges ya que en muchas ocasiones supondrá introducir un elemento de conflicto en una separación o divorcio de mutuo acuerdo; no tiene mucho sentido que ese consentimiento sea exigido en la tramitación del divorcio o separación notarial y no se haya exigido antes de la reforma cuando se tramitaba judicialmente.

Respecto del consentimiento de los hijos mayores de edad o menores emancipados respecto de las medidas que no les vinculan de forma directa sino que en principio son medidas que vinculan exclusivamente a los cónyuges, HERAS HERNÁNDEZ, M.M. considera que «De otro modo podría coartarse la libertad de los esposos para ordenar los efectos deseados en su separación o divorcio. Por otra parte, pienso que estas medidas serán las menos, aunque, desde luego, se verán afectados por determinadas decisiones como el acuerdo en virtud del cual se pacta la venta de la vivienda familiar en la que conviven con sus padres o el cambio de domicilio de uno de los progenitores con el que quiere seguir viviendo a una ciudad diferente, por ejemplo, a la que cursa sus estudios universitarios». Añadiendo que «el fundamento de la exigencia legal referida a la prestación del consentimiento por parte de los hijos mayores o menores emancipados es velar por el interés de la familia y de los miembros que la componen»⁵.

El grado de intervención de los hijos mayores de edad o menores emancipados en el divorcio de sus padres es una cuestión debatida también en el cuerpo notarial, pues en ocasiones los notarios no saben sobre qué medidas deben consentir los hijos. En opinión del Notario BARRIOS ÁLVAREZ, J.: «Cada vez que los notarios nos vemos ante un divorcio con hijos mayores nos planteamos cómo interpretar este párrafo y, por lo que he podido contrastar, no hay dos opiniones iguales; de hecho que venga un mayor de edad a consentir no se sabe muy bien qué causa cierta inquietud, generada sin duda por un precepto confuso y desafortunado»⁶.

Otra cuestión que debe plantearse es la siguiente: qué medios de prueba son necesarios para acreditar los hechos manifestados por los cónyuges a la hora de tramitar su separación o divorcio ante Notario. Entre otras, y en lo que aquí nos concierne, deben probar la edad de los hijos mediante la acreditación oportuna (certificado de nacimiento, libro de familia) y el domicilio familiar (para comprobar la competencia territorial, como el certificado del Padrón Municipal); pero hay

⁴ CARRIÓN VIDAL, A.: “Divorcio y separación en el Código Civil tras la reforma por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, agosto 2015, p. 403.

⁵ HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: “Separación y divorcio en España hoy”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 ter, 2015, p. 16.

⁶ BARRIOS ÁLVAREZ, J.: “La intervención de los hijos mayores de edad en el divorcio de sus padres”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 72, 2017.

hechos que no se pueden probar de forma fehaciente, pues pensemos en el hecho de probar la inexistencia de hijos, o que los hijos habidos durante el matrimonio son mayores de edad o menores emancipados y que no conviven en el domicilio familiar y que además no dependen económicamente de sus padres, o la inexistencia de un procedimiento judicial ya en curso, entre otras. De momento, de acuerdo con la legislación existente, para la prueba de estos hechos bastará con que la escritura pública de separación o divorcio contenga una manifestación de los cónyuges que aseguren la inexistencia de circunstancias que impidan la tramitación de la separación o divorcio notarial.

Por tanto, tras la reforma de 2015 la Ley exige al Notario un control de lesividad semejante al exigido en el caso de divorcio judicial⁷ con la salvedad de que si el Notario considera que existe un acuerdo contenido en el convenio regulador que pueda resultar dañoso para el hijo mayor de edad o menor emancipado respecto de alguna medida que le afecte por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar, como puede ser la pensión de alimentos o el uso de la vivienda familiar, tiene que dar por terminado el expediente. Así, la legislación prevé como única solución la vía judicial.

BIBLIOGRAFÍA

BARRIOS ÁLVAREZ, J.: “La intervención de los hijos mayores de edad en el divorcio de sus padres”, *El Notario del Siglo XXI*, núm. 72, 2017.

CARRIÓN VIDAL, A.: “Divorcio y separación en el Código Civil tras la reforma por la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3, 2015.

HERAS HERNÁNDEZ, M.M.: “Separación y divorcio en España hoy”, *Actualidad Jurídica Iberoamericana*, núm. 3 ter, 2015.



⁷ Artículo 90.2, párrafo tercero del Código Civil, y 777.10 párrafo tercero de la Ley de Enjuiciamiento Civil