

# El divorcio notarial español a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

## The Spanish notarial divorce in the light of the Court of Justice of European Union

M.<sup>a</sup> ÁNGELES RODRÍGUEZ VÁZQUEZ

*Profesora Titular de Derecho internacional privado  
Universidad de Sevilla*

ORCID ID: 0000-0003-3616-1079

Recibido: 30.05.2023 / Aceptado: 19.06.2023

DOI: 10.20318/cdt.2023.8081

**Resumen:** El TJUE en la Sentencia de 15 de noviembre de 2022, asunto C-646/20, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht*, ha afirmado que la disolución de un matrimonio en virtud del art. 12 del Decreto Ley italiano núm. 132 de 12 de septiembre de 2014, constituye una “resolución judicial” relativa al divorcio a los efectos del Reglamento 2201/2003. El Tribunal interpreta los dos elementos que deben cumplirse para que una decisión sobre divorcio no judicial sea considerada como “resolución”. En el presente trabajo se analiza como esos elementos se cumplen en las escrituras de divorcio autorizadas por notarios españoles y se estudia la nueva regulación del Reglamento 2019/1111 sobre la eficacia extraterritorial de los documentos públicos y acuerdos.

**Palabras clave:** divorcio no judicial, resolución, reconocimiento, Reglamento 2201/2003, Reglamento 2019/1111.

**Abstract:** In the Judgment of 15 November 2022, in case C-646/20, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht*, the Court of Justice of the European Union establishes that the dissolution of a marriage on the basis of Article 12 of Italian Decree-Law No 132/2014 constitutes a “judgment” within the meaning of article 2 of Regulation 2201/2003. The Court interprets the two elements that must be met for a non-judicial divorce decision to be considered a “judgment”. This paper analyzes how these elements are fulfilled in the Spanish notarial divorces and the new rules of the Regulation 2019/1111 on recognition and enforcement of authentic instruments and agreements.

**Keywords:** non judicial divorce, judgment, recognition, Regulation 2201/2003, Regulation 2019/1111.

**Sumario:** I. Introducción. II. Las premisas para el reconocimiento del divorcio extrajudicial como “resolución judicial”. Su aplicación al divorcio notarial español. 1. La autoridad extrajudicial debe tener competencias en materia de divorcio. El concepto amplio de “órgano jurisdiccional”. 2. La autoridad extrajudicial debe realizar un control sobre el fondo III. Las respuestas del Reglamento 2019/1111 al divorcio extrajudicial. 1. Las nociones de “resolución”, “documento público” y “acuerdo”. 2. La regulación de la eficacia de los documentos públicos y acuerdos por asimilación a la de las resoluciones judiciales. IV. Conclusiones.

---

\* Esta publicación es parte del Proyecto I+D+I PID 2020-113444RB-I00 “Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración”, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033

## I. Introducción

1. En un corto espacio de tiempo hemos asistido en el ámbito europeo a una progresiva “desjudicialización del divorcio” en algunos de los Estados miembros (entre otros, España, Francia, Italia, Grecia o Portugal). No obstante, hay que reconocer que son muchas las diferencias entre las distintas legislaciones estatales sobre qué autoridad puede autorizar este divorcio (notario, funcionario, encargado del Registro civil...); si está permitido en el supuesto de que existan hijos menores de edad (el caso, por ejemplo, de Grecia o Portugal) o la función que desempeña la autoridad interviniente (con carácter decisorio o como mera fedataria)<sup>1</sup>. Además, hay que tener presente que en la mayoría de ocasiones puede que también se hayan resuelto otras cuestiones conexas como puede ser la liquidación del régimen económico matrimonial o la pensión compensatoria entre los cónyuges.

2. Desde la perspectiva del Derecho internacional privado una de las principales cuestiones que plantea esta nueva forma de disolución de vínculo matrimonial es la de su reconocimiento en otro Estado miembro, cuestión de vital importancia en un espacio con libre circulación de personas, al tratarse de un acto que afecta al estado civil. Se plantea pues la interrogante de saber si las normas europeas dan respuesta a esta nueva realidad y, en caso de respuesta afirmativa, cómo se solicita dicha eficacia extraterritorial.

3. Durante la vigencia del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000<sup>2</sup>, el interrogante que se ha suscitado es cómo debe reconocerse el acuerdo extrajudicial de divorcio, si como “resolución judicial”, beneficiándose, por tanto, de la regla del reconocimiento automático (art. 21), o si como “documento público”, debiéndose aplicar el art. 46. Ahora bien, esta segunda hipótesis entraña no pocas dificultades al referirse la disposición sólo a “documentos públicos y acuerdos con fuerza ejecutiva”<sup>3</sup>. Nos encontramos ante el problema de la calificación de esas decisiones y muestra de ello es que en dos asuntos distintos se ha preguntado de forma idéntica al TJUE esta cuestión en relación con el divorcio extrajudicial del Derecho italiano (asunto C-646/20)<sup>4</sup> y con el regulado en el Derecho español (asunto C-304/22)<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> Para un estudio de Derecho comparado vid. N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 21-40. Sobre las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros, entre otros, E. D’ALESSANDRO, “The impact of private divorces on EU Private International Law”, en J. SCHERPE Y E. BARGELLI (EDS), *The interaction between family law, succession and Private International Law*, Intersentia, 2021, pp. 59-75; C. HONORATI Y S. BERNASCONI, “L’efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i Regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter”, *Rivista trimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, núm. 2, 2020, pp. 30-32; V. LAZIZ Y I. PRETELLI, “Revised recognition and enforcement procedures in Regulation Brussels II ter”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, pp. 160-164.

<sup>2</sup> DO L 338, de 23 de diciembre de 2003.

<sup>3</sup> El art. 46 del Reglamento 2201/2003 no contiene definición alguna de lo que debe entenderse por documento público limitándose a señalar que “los documentos públicos con fuerza ejecutiva formalizados o registrados en un Estado miembro, así como los acuerdos entre las partes que tengan fuerza ejecutiva en el Estado miembro de origen, serán reconocidos y se dotarán de fuerza ejecutiva en las mismas condiciones que las resoluciones judiciales”. La aplicación de esta disposición a la materia matrimonial ha suscitado distintas opiniones en la doctrina puesto que la norma alude a “documentos públicos y a acuerdos con fuerza ejecutiva”. Para su estudio vid. U. MAGNUS, “Article 46”, en U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Vol. IV, Brussels IIbis Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2017, pp. 411-420; B. STAPF, “Article 46”, en C. ALTHAMER (ed), *Brussels IIa Rome III*, Beck, Munich, 2019, pp. 232-235.

<sup>4</sup> Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht. En concreto, el Bundesgerichtshof pregunta al TJUE si la disolución de un matrimonio en virtud del art. 12 del Decreto Ley italiano núm. 132 de 12 de septiembre de 2014, constituye una resolución judicial relativa al divorcio a los efectos del Reglamento 2201/2003 y, en caso de respuesta negativa, si se le podría aplicar la regulación del art. 46 sobre los documentos públicos y acuerdos.

<sup>5</sup> PM c. Senatsverwaltung für Justiz, Vielfalt und Antidiskriminierung. En este asunto el Kammergericht Berlin pregunta al Tribunal si en el supuesto del divorcio o separación matrimonial regulado en los arts. 82, 87, 89 y 90 CC existe una resolución judicial relativa al divorcio a los efectos del Reglamento 2201/2003 y, en caso de respuesta negativa, si debe tratarse conforme al art. 46 del Reglamento.

4. La respuesta del Tribunal de Justicia al primero de los asuntos mencionados en la Sentencia de 15 de noviembre de 2022, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht*<sup>6</sup>, ha tenido un “efecto dominó” sobre el segundo, pues un más tarde fue retirado por el *Kammergericht Berlin* dando a entender, en consecuencia, que los argumentos esgrimidos por el TJUE para calificar el acta de divorcio expedida por el funcionario del registro civil italiano como “resolución judicial”, pueden aplicarse por analogía al divorcio notarial español<sup>7</sup>.

5. El presente trabajo tiene como objetivo analizar esta Sentencia del TJUE desde la perspectiva de nuestro ordenamiento, así como valorar su alcance una vez que ya ha comenzado a aplicarse el Reglamento (UE) núm. 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida)<sup>8</sup>, que, de forma totalmente novedosa, contiene una regulación específica de la eficacia extraterritorial de los documentos públicos y acuerdos (arts. 64 a 68). No obstante, y conforme a lo dispuesto en su art. 100.2, “el Reglamento (CE) 2201/2003 seguirá aplicándose a las resoluciones dictadas en procedimientos ya incoados, a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos que hayan adquirido fuerza ejecutiva en el Estado miembro en el que hayan sido celebrados antes del 1 de agosto de 2022 y que entren dentro del ámbito de aplicación de dicho Reglamento”.

## II. Las premisas para el reconocimiento del divorcio extrajudicial como “resolución judicial”. Su aplicación al divorcio notarial español

6. En materia de eficacia extraterritorial el Reglamento 2201/2003 consagra, en aras del principio de confianza recíproca y reconocimiento mutuo, la regla general del reconocimiento automático de las resoluciones dictadas en materia matrimonial, precisándose, además, que si son firmes no se requerirá ningún procedimiento especial para la actualización de los datos del registro civil en un Estado miembro (art. 21, apartados 1 y 2). El reconocimiento sólo puede ser denegado de forma excepcional si concurre alguno de los motivos que se enumeran, de forma taxativa, en el art. 22 y, en todo caso, no puede controlarse la competencia del juez de origen (art. 24), ni podrá denegarse alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial basándose en los mismos hechos (art. 25). Además, la resolución no podrá en ningún caso ser objeto de una revisión en cuanto al fondo (art. 26)<sup>9</sup>.

<sup>6</sup> ECLI: EU:C:2022:879.

<sup>7</sup> ECLI:EU:C:2022:10. A juicio de P. QUINZÁ REDONDO, “De Sahyouni II (C-372/16) hacia el futuro con parada en *Senatsverwaltung* (C-646/20): el largo proceso de asimilación de los divorcios no judiciales en la Unión Europea”, *Bitácora Millenium Dipr*; núm. 17, 2023, p. 61, esto no es lo deseable y sería recomendable contar con sentencias que resuelvan sobre cuestiones prejudiciales sobre los divorcios no judiciales.

<sup>8</sup> DO L 178, de 2 de julio de 2019.

<sup>9</sup> Para el estudio de la eficacia extraterritorial de resoluciones en materia matrimonial en el Reglamento 2201/2003 vid, entre otros, A. L. CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp.1774-1783.

Esta regulación se mantiene en el art. 30 del Reglamento 2019/1111 con la novedad de que ahora se establece de forma expresa que pueda solicitarse la denegación del reconocimiento de la resolución, remitiendo el art. 40 al procedimiento previsto para la denegación de la ejecución. Vid. M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores (versión refundida): principales novedades”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 2, 2021, pp. 229-260, en particular, pp. 251-254; M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El régimen general de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 215-235, en particular, pp. 219-221; M<sup>a</sup> A. CEBRIÁN SALVAT, “Artículo 30. Reconocimiento de las resoluciones”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR), *Comentario al nuevo Reglamento (UE), Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, pp. 423-436.

Ahora bien, no todas las decisiones dictadas en materia matrimonial van a beneficiarse de esta regulación porque para ello debe ser una “resolución judicial” dictada por un “órgano jurisdiccional” de un Estado miembro. Y aquí reside el *quid* de la cuestión porque cuando el Reglamento 2201/2003 fue aprobado ninguna de las legislaciones de los Estados miembros conocía el divorcio extrajudicial por lo que la interpretación de esos términos no suscitó grandes dificultades. Los problemas comenzaron a plantearse precisamente con ocasión de la regulación en algunos de los Estados miembros de esta otra forma de disolución del vínculo matrimonial.

7. En concreto, y como ya hemos adelantado, en el asunto C-646/20 el Bundesgerichtshof preguntó al TJUE si la disolución de un matrimonio en virtud del art. 12 del Decreto Ley italiano núm. 132 de 12 de septiembre de 2014, constituye una “resolución judicial” relativa al divorcio a los efectos del Reglamento 2201/2003 y, en caso de respuesta negativa, si se le podría aplicar la regulación del art. 46 sobre los documentos públicos y acuerdos<sup>10</sup>. Para responder a estas cuestiones el Tribunal basa todo su razonamiento en la interpretación del concepto “resolución judicial” y en los elementos que deben cumplirse para que una decisión sea calificada como tal y poder circular por el espacio europeo<sup>11</sup>. Si la respuesta del Tribunal de Justicia va referida al Derecho italiano, como no podía ser de otro modo, este estudio va a centrarse en nuestro ordenamiento jurídico para confirmar que esos elementos concurren en las escrituras de divorcio autorizadas por notarios españoles y que, por tanto, deben calificarse como “resoluciones judiciales”. Así lo había venido sosteniendo la doctrina mayoritaria y la DGSFP, como pasamos a exponer.

## 1. La autoridad extrajudicial debe tener competencias en materia de divorcio. El concepto amplio de “órgano jurisdiccional”

8. El punto de partida del razonamiento es el siguiente: ante la ausencia de remisión expresa al Derecho de los Estados miembros, el término “resolución judicial” del Reglamento 2201/2003 debe interpretarse de forma autónoma teniendo en cuenta su tenor, su contexto y los objetivos perseguidos por el Reglamento<sup>12</sup>. Como se establece en el art. 2.4 el concepto de “resolución judicial” se refiere a cualquier resolución en materia de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial dictada por

---

<sup>10</sup> Tal y como se describe en los apartados 22 a 24 de la Sentencia, en Italia mediante el Decretolegge n. 132 - Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile (Decreto Ley n.º 132, de medidas urgentes de desjudicialización y otras actuaciones para reducir la acumulación de asuntos en el orden civil), de 12 de septiembre de 2014, convertido en ley, con modificaciones, mediante la Ley n.º 162 de 10 de noviembre de 2014-, dispone en los dos primeros párrafos de su artículo 12 que los cónyuges, con la asistencia opcional de un abogado, podrán celebrar ante el funcionario del registro civil competente, un acuerdo de disolución del matrimonio o de cesación de los efectos civiles de este, a condición de que no tengan hijos menores o hijos mayores de edad legalmente incapaces, gravemente discapacitados, o económicamente dependientes. El artículo 12, apartado 3, del Decreto Ley n.º 132/2014 establece, además, que el funcionario del registro civil ha de recibir de cada una de las partes la declaración personal en el sentido de que es su deseo separarse o que cesen los efectos civiles del matrimonio de conformidad con las condiciones acordadas entre las partes; que el acuerdo no podrá contener disposiciones relativas a transmisiones de patrimonio; que el documento en el que se plasme el acuerdo se redactará y se firmará inmediatamente después de la toma de declaración de los cónyuges; que dicho acuerdo equivaldrá a una resolución judicial relativa, en particular, a las condiciones de la separación o del cese de los efectos civiles del matrimonio, y que el funcionario del registro civil invitará a los cónyuges a comparecer ante él no antes de treinta días desde la toma de declaración al objeto de ratificar el acuerdo, de suerte que la incomparecencia implicará la no ratificación del acuerdo. Una circular del Ministero della Giustizia de 22 de mayo de 2018, sobre el Decreto Ley n.º 132/2014, designa al funcionario del registro civil como autoridad competente en Italia para emitir el certificado a que se refiere el artículo 39 del Reglamento 2201/2003.

<sup>11</sup> Para un estudio detallado de la Sentencia vid. P. QUINZÁ REDONDO, “De Sahyouni II (C-372/16) hacia el futuro con parada en Senatsverwaltung (C-646/20): el largo proceso de asimilación de los divorcios no judiciales en la Unión Europea”, *Bitácora Millenium Dipr*, núm. 17, 2023, pp. 45-73; M<sup>a</sup> A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Calificación del acta de divorcio expedida por el funcionario de registro civil de un Estado miembro como «resolución judicial» sin la acreditación del carácter decisorio de su intervención. Una imprevisible decisión diseñada a la medida del resultado pretendido”, *La Ley/Unión Europea*, núm. 111, febrero de 2023, pp. 1-18.

<sup>12</sup> En el apartado 40 de la Sentencia se recuerda que es reiterada la jurisprudencia del TJUE en este sentido, citándose la Sentencia de 31 de marzo de 2022, asunto C-231/21, Bundesamt für Fremdenwesen und Asyl y otros (ECLI:EU:C:2022:237).

un órgano jurisdiccional de un Estado miembro con independencia de su denominación, incluidos los términos de sentencia o auto. Y por “órgano jurisdiccional” se entenderá todas las autoridades de los Estados miembros (todos salvo Dinamarca) con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento (art. 2.1)<sup>13</sup>.

De una lectura conjunta de estas disposiciones puede deducirse, como afirma el Tribunal, que el Reglamento “puede abarcar las resoluciones de divorcio que tengan lugar tras un procedimiento tanto judicial como extrajudicial, con tal de que el Derecho de los Estados miembros atribuya igualmente a las autoridades extrajudiciales competencias en materia de divorcio” (apartado 48)<sup>14</sup>.

**9.** Se confirma, por tanto, que el concepto “órgano jurisdiccional” debe interpretarse en sentido amplio, pues comprende todas aquellas autoridades judiciales o no que, conforme a lo previsto en su ordenamiento, tengan atribuida competencia en la materia matrimonial<sup>15</sup>. De hecho, y como estudiaremos, así se reconoce de forma expresa en el Reglamento 2019/1111 (Considerando 14).

**10.** La consecuencia inmediata que se deriva de la calificación de la decisión de divorcio dictada por las autoridades extrajudiciales como “resolución judicial” es que, como se ha analizado, se beneficia del régimen de eficacia extraterritorial diseñado en el Reglamento. Esta interpretación no queda desvirtuada, como afirma el Tribunal, por el hecho de que cuando se elaborase el Reglamento 2201/2003 ningún Estado miembro contemplase aun en su legislación el divorcio extrajudicial (apartado 50). Precisamente son los conceptos amplios de “resolución judicial” y “órgano jurisdiccional” los que permiten que la norma se adapte y pueda aplicarse a esta nueva forma de disolución del vínculo matrimonial. Significativas son en este sentido las referencias que el Abogado General, Sr. A. Collins, realiza al asunto Coman y a la necesidad de adaptación del Derecho a la sociedad (punto 54). En el caso concreto que se estaba analizando, en Italia el funcionario del registro civil es una autoridad legalmente instituida que tiene competencia para declarar el divorcio.

**11.** Si nos centramos en nuestro ordenamiento hay que afirmar que, en la materia matrimonial, los notarios tienen que ser considerados “órgano jurisdiccional” puesto que la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, les atribuye funciones que, hasta ese momento, correspondían a los jueces<sup>16</sup>. Con esta reforma el legislador español se sumó a la tendencia instaurada en otros países a favor de la desjudicialización del divorcio. No cabe duda de que cuando se cumplen los requisitos exigidos, el divorcio de mutuo acuerdo es la vía más rápida para la disolución del vínculo conyugal, como se desprende de los distintos datos publicados por el INE. Si nos ceñimos al año 2021, último del que se recoge, el 78,8% de los divorcios y el 87,9% de las separaciones fueron de mutuo acuerdo, teniendo una duración media de 3 meses, frente a los casi 12 meses de los divorcios contenciosos. En el cómputo ya global de todos los divorcios producidos, en el 11’9% uno de los cónyuges tenía nacionalidad extranjera y en el 7’7% ambos eran nacionales extranjeros.

---

<sup>13</sup> Además, establece el art. 2.2 del Reglamento que se entenderá por “juez”, el juez o la autoridad con competencias equivalentes a las del juez en las materias reguladas por el presente Reglamento. Debe precisarse que en el Reglamento 2019/1111 desaparece esta definición.

<sup>14</sup> En sentido análogo el Abogado General Sr. A. Collins en sus Conclusiones, presentadas el 5 de mayo de 2022 (ECLI:EU:C:2022:35), manifestó que si un Estado miembro otorga competencias a los jueces en las materias cubiertas por el Reglamento y reconoce competencias equivalentes a otros funcionarios públicos, estos están comprendidos en el concepto de “juez” a los efectos del Reglamento 2201/2203 (punto 35).

<sup>15</sup> Recuérdese que en materia de sucesiones el art. 3.2 del Reglamento 650/2012 establece expresamente que se entenderá por “tribunal” todo órgano judicial y todas las demás autoridades y profesionales del Derecho que *con competencias en materia de sucesiones* (la cursiva es nuestra) que ejerzan funciones jurisdiccionales o que actúen por delegación o de poderes de un órgano judicial, o actúen bajo su control, siempre que tales autoridades y profesionales del Derecho ofrezcan garantías en lo que respecta a su imparcialidad y al derecho de las partes a ser oídas, y que sus resoluciones, dictadas con arreglo al derecho del Estado miembro en el que actúan puedan ser objeto de recurso y revisión ante un órgano judicial y tengan fuerza y efectos análogos a los de la resolución de un órgano judicial sobre la misma materia.

<sup>16</sup> *BOE* 158, de 3 de julio de 2015. Para una valoración genérica vid. I. COMA LANZÓN, “Nuevas atribuciones y función notarial”, en C.P. BARRIO DEL OLMO (COORD.), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 41-51.

12. Conforme a lo dispuesto en el art. 82 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 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 artículo 90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación. Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el notario. Igualmente, los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. No será posible en ningún caso cuando existan hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores.

Siendo el notario “órgano jurisdiccional” estará sujeto a los foros de competencia judicial internacional que sean aplicables del art. 3 del Reglamento, debiéndose determinar la competencia territorial por el art. 54.1 de la Ley del Notariado (que se refiere al notario español del último domicilio común de los cónyuges o el notario del domicilio o residencia habitual de cualquiera de los contrayentes)<sup>17</sup>.

13. Sentada esta primera premisa hay que señalar, no obstante, que para que la decisión de divorcio sea reconocida conforme a las reglas establecidas para las “resoluciones judiciales” del Reglamento 2201/2003 es necesario, además, que esa autoridad realice un control de la declaración de divorcio, es decir, un control sobre el fondo.

## 2. La autoridad extrajudicial debe realizar un control sobre el fondo

14. La delimitación de esta segunda premisa deriva de la necesaria intervención de una autoridad pública estatal que debe desempeñar una función decisoria. Al respecto, el Tribunal en su razonamiento trae a colación el asunto Sahyouni en el que se planteó la cuestión de si en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 sobre la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, se incluye el divorcio privado (en concreto, el divorcio resultante de una declaración unilateral de voluntad de uno de los cónyuges ante un tribunal religioso)<sup>18</sup>. En el Auto de 12 de mayo de 2016 el Tribunal de Justicia se declaró incompetente<sup>19</sup> y, posteriormente, en la Sentencia de 20 de diciembre de 2017, resolvió la cuestión en sentido negativo<sup>20</sup>. A juicio del TJUE, que realiza una interpretación del Reglamento 1259/2010

<sup>17</sup> Para un estudio de la competencia judicial internacional de los notarios y los problemas que plantea el art. 54 LN, vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo”, Discurso pronunciado en la Academia Matritense del Notariado, [http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/Paginas/Academia\\_Tomos.asp](http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/Paginas/Academia_Tomos.asp); C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado”, *Revista Jurídica de Cataluña*, núm. 2, 2021, pp. 341-354; N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 41-80; M.<sup>a</sup> A SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Autoridad notarial española y divorcio transfronterizo. Particularidades y cuestiones que plantea la aplicación de los Reglamentos europeos”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XXII, 2022, pp. 273-278.

<sup>18</sup> Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343, de 29 de diciembre de 2010.

En el caso Sahyouni, y conforme al Derecho alemán, se planteaba una cuestión de reconocimiento conflictual, es decir, un reconocimiento conforme a la ley aplicable al divorcio.

<sup>19</sup> Asunto C-281/15, ECLI:EU:C:2016:343. Nota de C. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer Estado: asunto C-281/15”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2017, pp. 629-634; A. GANDÍA SELLENS. “Reconocimiento y divorcios privados. Reflexiones a la luz del Auto TJUE de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, Sahyouni c. Mamisch”, *Bitácora Millenium Dipr*, núm. 4, 2016.

<sup>20</sup> Asunto C-372/16, ECLI:EU:C:2017:988. Nota de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “Sahyouni más allá del espejo. Un comentario a la STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-372/16”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, 2018; P. DIAGO DIAGO, “Inclusión de los divorcios privados en el ámbito de aplicación del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010”, *La Ley/Unión Europea*, núm. 58, 2018; A. GANDÍA SELLENS Y C. ZIMMER, “Los divorcios privados y el Reglamento Roma III. Reflexiones a la luz de la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, Sahyouni c. Mamisch”, *Bitácora Millenium Dipr*, núm. 8, 2018.

de forma coherente con el Reglamento 2201/2003, las referencias que figuran en varias disposiciones a la intervención de un “órgano jurisdiccional” y a la existencia de un “procedimiento” ponen de manifiesto que éste tiene por objeto exclusivamente los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de ésta. Por esta razón, los divorcios privados quedarían excluidos del ámbito de aplicación de dichos instrumentos, quedando sometidos a lo dispuesto en las distintas legislaciones estatales<sup>21</sup>.

**15.** De esta jurisprudencia se deduce que la autoridad pública debe conservar el control de la declaración de divorcio lo que en los divorcios extrajudiciales implica que lleve a cabo un examen de “las condiciones del divorcio a la luz del Derecho nacional, así como de la realidad y de la validez del consentimiento de los cónyuges que van a divorciarse” (apartado 54).

**16.** Y para justificar esta exigencia el TJUE recurre a dos argumentos: de un lado, a la Sentencia Solo Kleinmotoren en la que se excluyó a las transacciones judiciales del concepto “resolución judicial” del, por entonces, art. 25 del Convenio de Bruselas de 27 de septiembre de 1968, porque este concepto implica que el órgano jurisdiccional en el ejercicio de su potestad jurisdiccional, resuelva sobre los puntos controvertidos entre las partes<sup>22 23</sup>; y, por otra parte, a la regulación del Reglamento 2019/1111 y a su Considerando 14 en el que se establece expresamente que es ese examen sobre el fondo lo que distingue las “resoluciones” de los “documentos públicos” y “acuerdos” (apartados 58 a 61). Este segundo argumento es más que criticable puesto que como advirtió el Abogado General, Sr Collins, en sus Conclusiones, “no se pueden interpretar las disposiciones del Derecho de la Unión a la luz de modificaciones introducidas por normas adoptadas en un momento posterior” (punto 54)<sup>24</sup>. Precisamente, y en contra de lo que sostiene el Tribunal que alude a una “continuidad” entre ambos instrumentos, una de las grandes novedades del Reglamento 2019/1111 ha sido la de introducir una regulación específica de la eficacia extraterritorial de los documentos públicos y acuerdos, materia que será objeto de un análisis detallado en el siguiente epígrafe.

**17.** Consagrar este criterio del control sobre el fondo equivale afirmar que la autoridad extrajudicial debe desempeñar en el divorcio una función decisoria lo que excluye, *a contrario sensu*, que pueda

---

<sup>21</sup> Como apunta N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2021, p. 474, los principales problemas que se plantean en España están relacionados con los divorcios que proceden de autoridades religiosas, aunque posteriormente sean visados por una autoridad particular. Sobre este aspecto, vid. A.L CALVO CARAVACA Y J. CARRASCOA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 1788-1790.

Para un estudio de la eficacia de los divorcios privados religiosos vid. K. KAESLING, “The recognition of religious private divorces in Europe. From Conflict of Laws to Conflict of Cultures?” en K. BOELE-WOELKI Y D. MARTINY, (eds), *Plurality and Diversity of Family Relations in Europe*, Intersentia, 2019, pp. 257-284

<sup>22</sup> Sentencia de 2 de junio de 1994, asunto C-414/14, Solo Kleinmotoren (ECLI:EU:C:1994:221).

A juicio del Abogado General, Sr. Collins, un divorcio de mutuo acuerdo no se puede equiparar a una transacción celebrada en el marco de un procedimiento judicial porque en este último caso el acuerdo entre las partes pone fin a dicho procedimiento y el órgano jurisdiccional se “limita a tomar nota de ese acuerdo jurídicamente vinculante, a fin de dar por resuelto el litigio del que conoce. En cambio, unos cónyuges que desean divorciarse de mutuo acuerdo necesitan que una autoridad pública adopte un acto para que su acuerdo tenga efectos legalmente vinculantes” (punto 50).

<sup>23</sup> De forma análoga en el ámbito del Reglamento 650/2012 el Tribunal ha considerado que un notario ejerce “funciones jurisdiccionales” cuando tiene un poder decisorio, puesto que el ejercicio de la función jurisdiccional implica la facultad de resolver en virtud de su propia potestad sobre los puntos controvertidos, criterio que se aplica tanto a la jurisdicción contenciosa como voluntaria. En este sentido puede consultarse, entre otras, la Sentencia de 23 de mayo de 2019, asunto C-658/17, WB (ECLI:EU:C:2019:444).

<sup>24</sup> Se han mostrado muy críticos con esta argumentación del Tribunal, P. QUINZÁ REDONDO, “De Sahyouni II (C-372/16) hacia el futuro con parada en Senatsverwaltung (C-646/20): el largo proceso de asimilación de los divorcios no judiciales en la Unión Europea”, *Bitácora Millenium Dipr*, núm. 17, 2023, pp. 64-65, que no termina de entender por qué el Tribunal “invoca” el Reglamento Bruselas II ter; y M<sup>a</sup> A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Calificación del acta de divorcio expedida por el funcionario de registro civil de un Estado miembro como «resolución judicial sin la acreditación del carácter decisorio de su intervención. Una imprevisible decisión diseñada a la medida del resultado pretendido”, *La Ley/Unión Europea*, núm. 111, febrero de 2023, pp. 8-9, que considera injustificadas las afirmaciones que realiza el Tribunal.

circular como “resolución”, conforme al Reglamento 2201/2003, el acuerdo extrajudicial de divorcio cuando su función sea meramente fedataria o recepticia<sup>25</sup>. Esa función decisoria implica un examen de las condiciones del divorcio conforme a lo dispuesto en el derecho nacional, así como de la realidad y de la validez del consentimiento de los cónyuges. A juicio del Tribunal, y como expone en los apartados 64 a 66 de la Sentencia, el funcionario del registro civil italiano realiza este control de fondo, lo que ha sido cuestionado por la doctrina<sup>26</sup>. Por ello responde a la cuestión prejudicial planteada afirmando que: “el acta de divorcio extendida por un funcionario del registro civil en un Estado miembro que implica un acuerdo de divorcio entre los cónyuges y que estos, de conformidad con los requisitos establecidos por la normativa de ese Estado miembro, han ratificado ante dicho funcionario constituye una «resolución judicial» en el sentido del art. 2.4 del Reglamento 2201/2003”<sup>27</sup>.

**18.** De no haberse retirado el asunto C-304/22 el Tribunal de Justicia habría llegado a la misma consideración con respecto al divorcio notarial español<sup>28</sup>. En efecto, y como pasamos a exponer, la función del notario no es meramente recepticia pues durante la tramitación del expediente de divorcio debe realizar un control de legalidad y un control de lesividad, además de estar sometida su actuación a supervisión judicial<sup>29</sup>.

**19.** Tiene que realizar un control de legalidad puesto que el notario debe decidir si se cumplen todos los requisitos que se exigen para que el divorcio sea posible. Por tanto, es la declaración del notario, tras haber realizado dicho control, la que disuelve el matrimonio<sup>30</sup>. De no concurrir alguno de ellos debe informar a las partes y dar por cerrado el expediente, debiendo los cónyuges tramitar su divorcio en forma judicial.

**20.** Tal y como se deduce del art. 82 CC debe existir mutuo acuerdo entre los cónyuges para la disolución del vínculo matrimonial y haber transcurrido al menos tres meses desde el matrimonio. Los cónyuges deberán formular un convenio regulador en escritura pública ante el notario en el que, además

<sup>25</sup> Como afirma P. JIMÉNEZ BLANCO, “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado” *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XIX-XX, 2019-2020, p. 122, el concepto de órgano jurisdiccional no se realiza por la autoridad interviniente sino por la realización de una función jurisdiccional.

<sup>26</sup> A juicio de M.<sup>a</sup> A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Calificación del acta de divorcio expedida por el funcionario de registro civil de un Estado miembro como «resolución judicial» sin la acreditación del carácter decisoria de su intervención. Una imprevisible decisión diseñada a la medida del resultado pretendido”, *La Ley/Unión Europea*, núm. 111, febrero de 2023, pp. 6-7, la declaración de los cónyuges de su voluntad de divorciarse “no es equivalente al control del fondo que pueda permitir a esta autoridad asegurarse de la realidad y validez, o del carácter libre e informado de su consentimiento para el divorcio”. Por esta razón considera que se trata “de una interpretación diseñada para un resultado”.

<sup>27</sup> En el mismo sentido se pronunció el Abogado General, Sr. Collins, en sus Conclusiones al considerar que el reconocimiento del funcionario del registro civil de que se cumplen los requisitos necesarios, junto al certificado de divorcio que expida para dar fe de ello, tienen efectos constitutivos (puntos 46 a 48).

En sus observaciones escritas el Gobierno alemán y el polaco se pronunciaron en sentido negativo argumentando, principalmente, que la autoridad italiana no desempeña una función constitutiva. Por contra, los Gobiernos italiano y estonio, así como la Comisión consideraron la respuesta debía ser afirmativa.

<sup>28</sup> Como afirma P. QUINZÁ REDONDO, “De Sahyouni II (C-372/16) hacia el futuro con parada en Senatsverwaltung (C-646/20): el largo proceso de asimilación de los divorcios no judiciales en la Unión Europea”, *Bitácora Millenium Dipr*, núm. 17, 2023, p. 66, si el divorcio concluido ante el funcionario del registro civil italiano pasa el “filtro” del Reglamento, todos aquellos en los que la autoridad pública estatal realice un control mayor o como mínimo, similar, deberían recibir idéntica respuesta.

<sup>29</sup> Con respecto a la tramitación del expediente, el art. 54.3 de la Ley del Notariado se limita a afirmar que “La solicitud, tramitación y otorgamiento de la escritura pública se ajustarán a lo dispuesto en el Código Civil y en esta ley”. El problema está, como apuntan M. VARA GONZÁLEZ Y J. PÉREZ HERESA, “Separación y divorcio ante notario”, en C.P. BARRIO DEL OLMO (COORD), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 467-468, en que el Código civil y la Ley del Notariado sólo regulan el otorgamiento de la escritura, y no dicen nada sobre la solicitud o tramitación previas a ésta.

<sup>30</sup> En palabras de P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “Artículo 65. Reconocimiento y ejecución de los documentos públicos y de los acuerdos”, en G. PALAO MORENO (DIR), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 546, se han atribuido competencias al notario por lo que es y lo que hace y cómo lo hace. Se presume que el acuerdo celebrado es válido, legal y completo, que no hay nada fuera del documento que lo contradiga, y así lo proclama el notario.

de constar su voluntad inequívoca de divorciarse, determinarán los acuerdos a los que hayan llegado sobre los efectos derivados de la disolución del vínculo matrimonial que están establecidos en el art. 90 CC<sup>31</sup>. Lo extremos de este art. 90 CC constituyen el contenido mínimo del convenio regulador y en el caso del divorcio notarial serían los siguientes: la atribución del uso de la vivienda y ajuar familiar; la contribución a las cargas del matrimonio y alimentos, así como sus bases de actualización y garantías en su caso; la liquidación, cuando proceda, del régimen económico del matrimonio y la pensión compensatoria para el cónyuge que queda en una peor situación económica después de la separación a la que se refiere el art. 97 CC<sup>32</sup>. Debe apuntarse que tras la reciente reforma, se ha añadido un apartado referido al destino de los animales de compañía, en caso de que existan, teniendo en cuenta el interés de los miembros de la familia y el bienestar del animal; el reparto de los tiempos de convivencia y cuidado si fuere necesario, así como las cargas asociadas al cuidado del animal<sup>33</sup>.

Además de estos requisitos se exige que la pareja no tenga hijos menores no emancipados o hijos mayores respecto de los que se hayan establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores (art. 81 CC). En el supuesto de tener hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante al notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. Como ha puesto ya de relieve la doctrina, la dicción literal de este requisito suscita varias interrogantes puesto que, de un lado, no aclara la norma si tiene que tratarse de “hijos comunes”, planteándose la duda de si será posible o no recurrir al divorcio notarial cuando existan hijos de uno solo de los cónyuges<sup>34</sup>; y, por otra parte, tampoco se precisa qué es lo que deben consentir<sup>35</sup>.

**21.** Los cónyuges deben ratificar el convenio regulador y prestar su consentimiento de forma conjunta ante el notario “de modo personal”, por lo que parece que se excluye la posibilidad de que puedan prestarlo a través de un representante. Esta exigencia se justifica porque, como se ha afirmado, sólo de esa forma el notario puede “cumplir su obligación de asesoramiento y realizar un juicio de capacidad para asegurarse de que los cónyuges emiten un consentimiento libre y consciente”<sup>36</sup>. No obstante, existen voces favorables a permitir que los cónyuges pudiesen delegar o nombrar un representante<sup>37</sup>.

<sup>31</sup> Como afirma L. GÁZQUEZ SERRANO, “Disposición Final Primera. Apartados dieciocho a veintidós”, en A. FERNÁNDEZ DE BUJÁN Y A. SERRANO DE NICOLÁS (COORD), *Comentarios a la Ley 15/2015, de la Jurisdicción Voluntaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2016, p. 825, “el convenio regulador formará parte de la escritura pública, si bien podrá consistir en una elevación a público de lo estipulado previamente. El contenido de la escritura necesariamente será la declaración de los cónyuges de su intención separarse o divorciarse, y la incorporación del convenio regulador”.

<sup>32</sup> Para un estudio de estos aspectos del convenio regulador vid. I. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “El divorcio ante notario: cuestiones internas y transfronterizas”, en M. GUZMÁN ZAPATER Y M. HERRANZ BALLESTEROS (EDS), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 150-168; J. M. VARA GONZÁLEZ Y J. PÉREZ HEREZA, “Separación y divorcio ante notario”, en C.P. BARRIO DEL OLMO (COORD), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 429-467; C. VELA FERNÁNDEZ Y L. BUSTILLO TEJEDOR, “Contenido y límites de la escritura notarial de separación/divorcio”, en G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (DIR), *Separaciones y divorcio ante notario*, Reus, Madrid, 2016, pp. 159-199.

<sup>33</sup> Ley 17/2021, de 15 de diciembre, de modificación del Código Civil, la Ley Hipotecaria y la Ley de Enjuiciamiento Civil, sobre el régimen jurídico de los animales, *BOE* núm. 300, de 16 de diciembre de 2021. Además de incluirse esta nueva letra b) bis en el apartado 1, se modifican los apartados 2 y 3 del art. 90 CC.

<sup>34</sup> Vid, entre otros, A. ACEDO PENCO, “Crisis matrimoniales ante notario: normativa aplicable y ámbito de aplicación”, en G. CERDEIRA BRAVO DE MANSILLA (DIR), *Separaciones y divorcio ante notario*, Reus, Madrid, 2016, pp. 89-91; I. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “El divorcio ante notario: cuestiones internas y transfronterizas”, en M. GUZMÁN ZAPATER Y M. HERRANZ BALLESTEROS (EDS), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 128-130; M. PEREÑA VICENTE, “El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, 2019, p. 25.

<sup>35</sup> J. M. VARA GONZÁLEZ Y J. PÉREZ HEREZA, “Separación y divorcio ante notario”, en C.P. BARRIO DEL OLMO (COORD), *Jurisdicción voluntaria notarial*, Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pp. 414-419.

<sup>36</sup> M. PEREÑA VICENTE, “El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, 2019, p. 37.

<sup>37</sup> Así lo han manifestado, entre otros, N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 39-40. I. PAZ-ARES RODRÍGUEZ, “El divorcio ante notario: cuestiones internas y transfronterizas”, en M. GUZMÁN ZAPATER Y M. HERRANZ BALLESTEROS (EDS), *Crisis matrimoniales internacionales y sus efectos. Derecho español y de la Unión Europea: estudio normativo y jurisprudencial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 134-135.

De forma análoga debe entenderse que si existiesen hijos mayores o menores emancipados que deben expresar su consentimiento también deberán comparecer en el mismo acto.

La intervención de abogado (que puede ser uno solo) es obligatoria, a fin de asesorar a la pareja, debiendo estar presente para la firma de la escritura de divorcio junto con los cónyuges. Los efectos del divorcio se producirán desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87 CC. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil (art. 89 Cc).

**22.** Pero además de este control de legalidad, el notario tiene que realizar el denominado “control de lesividad o de equidad” puesto que, como señala el art. 90.2 CC, si considera que el acuerdo pudiera ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados afectados, o gravemente perjudiciales para el bienestar de los animales de compañía, lo advertirá a los otorgantes y dará por terminado el expediente<sup>38</sup>. En este caso los cónyuges sólo podrán acudir ante el juez para la aprobación de la propuesta de convenio regulador.

**23.** La aplicación analógica de la Sentencia *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht* a lo previsto en nuestro ordenamiento viene a confirmar que la escritura de divorcio autorizada por el notario debe calificarse como una “resolución judicial” y reconocerse conforme a las previsiones establecidas en el Reglamento 2201/2003<sup>39</sup>. Si así lo había venido sosteniendo la doctrina y la práctica de la DGSFP<sup>40</sup>, el legislador español, sorprendentemente, no lo tiene claro. Prueba de ello es que en la DF 22ª LEC mediante la que se establecen las medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento 2201/2003, se afirma que la certificación relativa a las resoluciones judiciales en materia matrimonial, prevista en el artículo 39 del Reglamento, se expedirá por el Letrado de la Administración de Justicia de forma separada y mediante diligencia, cumplimentando el formulario correspondiente, sin referirse al notario.

**24.** De igual forma a como ocurre con el Derecho español, cualquier decisión dictada en aquellos otros Estado miembros que regulan el divorcio extrajudicial será reconocida como “resolución judicial” si se cumplen las premisas analizadas. Habrá que determinar, en consecuencia, conforme a cada legislación si la autoridad que conoce del divorcio actúa con funciones equivalentes a las jurisdiccionales, es decir, con una función decisoria. No obstante, este análisis solo se debatirá en relación a la solicitud de eficacia de aquellas decisiones dictadas antes del 1 de agosto de 2022 (o dictadas en procedimiento planteado antes de ese día), fecha en la que han comenzado a aplicarse las nuevas reglas del Reglamento 2019/1111, que pasamos a analizar.

<sup>38</sup> Como apunta J. PÉREZ HEREZA, “La separación y el divorcio notarial”, *El Notario del siglo XXI*, núm. 63, 2015, “la actuación del notario debe estar presidida en este punto por el principio de mínima intervención, pues no debe ser su función generar conflictos donde las partes han logrado un acuerdo”.

<sup>39</sup> Evidentemente sólo se reconocerá conforme al Reglamento la disolución del vínculo matrimonial ya que el resto de cuestiones decididas en el convenio regulador (p. ej. la liquidación del régimen económico matrimonial, la atribución del uso de la vivienda familiar o la pensión compensatoria) quedarán sometidas al Reglamento (UE) núm. 2016/1103 del Consejo, de 24 de junio de 2016, por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia de regímenes económicos matrimoniales (*DO L 183*, de 8 de julio de 2016) y al Reglamento (CE) núm. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos (*DO L 7*, de 10 de enero de 2009). La aplicación simultánea de estos instrumentos conlleva no pocas dificultades puesto que para fijar el régimen de reconocimiento habrá que determinar si la escritura de divorcio se considera como una “resolución judicial” o como un “documento público”. Para un estudio *in extenso* vid. N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 167-184.

<sup>40</sup> Entre otros, A. L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, p. 1794; J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo”, Discurso pronunciado en la Academia Matritense del Notariado (p. 279) [http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/Paginas/Academia\\_Tomos.asp](http://www.cnotarial-madrid.org/nv1024/Paginas/Academia_Tomos.asp); C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado”, en *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación. Libro Homenaje al profesor Dr. José Mª Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, p. 363. P. JIMÉNEZ BLANCO, “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XIX-XX, 2019-2020, p. 155.

### III. Las respuestas del Reglamento 2019/1111 al divorcio extrajudicial

#### 1. Las nociones de “resolución”, “documento público” y “acuerdo”

25. Durante los trabajos de reforma del Reglamento 2201/2003 quedó patente que era necesario dar una respuesta a los divorcios extrajudiciales y que había que establecer una regulación específica para la eficacia extraterritorial de los documentos públicos y otros acuerdos. De ahí que el Capítulo IV del Reglamento 2019/1111 contenga una Sección, la Cuarta, dedicada expresamente al reconocimiento y ejecución de los documentos públicos y acuerdos (arts. 64 a 68)<sup>41</sup>. Se trata de una de las grandes novedades del Reglamento y por esta razón no podemos compartir las afirmaciones que realiza el TJUE en la Sentencia *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht*, cuando se refiere a que existe una “continuidad” entre ambos instrumentos y que el propósito del legislador europeo no fue innovar e introducir normas nuevas, sino únicamente “aclarar” el alcance de la norma ya recogida en el art. 46 del Reglamento 2201/2003 (apartados 59 y 61)<sup>42</sup>.

26. El estudio de estas disposiciones debe realizarse de forma conjunta con el art. 2 del Reglamento 2019/1111 que, junto a la noción de “resolución”, contiene ahora una definición autónoma de “documento público” y ofrece una nueva de lo que debe entenderse por “acuerdo”.

27. Por lo que se refiere a la noción de “resolución”, el art. 2.1 reproduce la que ya figuraba en el Reglamento 2201/2003 al afirmar que: “a los efectos del presente Reglamento se entenderá por «resolución» una decisión de un órgano jurisdiccional de un Estado miembro, en particular un fallo, una orden o una resolución que conceda el divorcio, la separación legal, la nulidad matrimonial o que tenga que ver con cuestiones de responsabilidad parental”. Las principales diferencias con el texto anterior son que se suprime la noción de “juez” y que, para la responsabilidad parental, se amplía la noción de resolución a los efectos del Capítulo IV<sup>43</sup>.

28. De la lista de definiciones del art. 2 lo que hay que destacar es que se introducen dos nuevas nociones de lo que debe entenderse por «documento público» y por «acuerdo». En concreto señala el

<sup>41</sup> Como ya hemos adelantado esta nueva regulación se aplicará a los documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados el 1 de agosto de 2022 o después de esta fecha (art. 100.1). Para su estudio vid. M.<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La eficacia extraterritorial de documentos públicos y acuerdos”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 267-279; A. FRACKOWIAK-ADAMSKA, “Introduction to Articles 64-68”, en U. MAGNUS Y P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law, Brussels IIb Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2023, pp. 492-495; M. WILDERSPIN, *European Private International Law. The Brussels IIb Regulation*, Oxford University Press, 2023, pp. 398-402.

<sup>42</sup> En sentido análogo P. QUINZÁ REDONDO, “De Sahyouni II (C-372/16) hacia el futuro con parada en *Senatsverwaltung* (C-646/20): el largo proceso de asimilación de los divorcios no judiciales en la Unión Europea”, *Bitácora Millenium Digr*, núm. 17, 2023, p. 65; M.<sup>a</sup> A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Calificación del acta de divorcio expedida por el funcionario de registro civil de un Estado miembro como «resolución judicial» sin la acreditación del carácter decisorio de su intervención. Una imprevisible decisión diseñada a la medida del resultado pretendido”, *La Ley/Unión Europea*, núm. 111, febrero de 2023, p. 8.

<sup>43</sup> Se establece expresamente que el término incluye también: a) Una resolución dictada en un Estado miembro y que ordene la restitución del menor a otro Estado miembro de conformidad con el Convenio de La Haya de 1980 que deba ser ejecutada en un Estado miembro distinto del Estado miembro donde se dictó dicha resolución; b) Las medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por un órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento para conocer en cuanto al fondo de asunto o de las medidas ordenadas de conformidad con el art. 27.5, en relación con el art. 15. A los efectos del Capítulo IV, «resolución» no incluirá medidas provisionales, incluidas las cautelares, ordenadas por dicho tribunal sin que el demandado haya sido citado a comparecer, a menos que la resolución que contenga la medida haya sido notificada al demandado antes de la ejecución. Para su estudio vid. J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Artículo 2. Definiciones”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR), *Comentario al nuevo Reglamento (UE), Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 138 y pp. 154-161; A. RODRÍGUEZ BENOT, “Artículo 2. Definiciones”, en G. PALAO MORENO (DIR), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 56-83; M.<sup>a</sup> A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, “Origen, objetivos y ámbito de aplicación”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 27-47.

art. 2.2.2) que se entenderá por «documento público», “un documento formalizado o registrado oficialmente como documento público en cualquier Estado miembro en materias comprendidas en el ámbito de aplicación del presente Reglamento y cuya autenticidad se refiera a la firma y al contenido del instrumento y haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin. Los Estados miembros comunicarán dichas autoridades a la Comisión de conformidad con el artículo 103”. De forma similar a como ocurre en el resto de Reglamentos europeos<sup>44</sup>, la disposición se limita a recoger, en lo sustancial, la definición de documento público ofrecida por el TJUE en la Sentencia Unibank<sup>45</sup>.

**29.** Lo que caracteriza al documento público es que debe intervenir necesariamente una autoridad pública (u otra autoridad habilitada a tal fin<sup>46</sup>) que autentifica la firma y su contenido, pues dicha intervención dota al documento de presunción de exactitud<sup>47</sup>. Esta noción debe interpretarse de forma autónoma y por exclusión pues será “documento público” aquél que no reúna los criterios exigidos para que pueda ser calificado como “resolución”<sup>48</sup>. Así, en nuestro ordenamiento interno la escritura pública es un documento público (recuérdese que los arts. 1216 a 1224 CC definen los documentos públicos como aquellos que son autorizados por notarios o empleado público competente, con las solemnidades requeridas por la ley) y a los efectos del Reglamento la escritura de divorcio, en cambio, encajaría en la noción de “resolución”.

**30.** De conformidad con lo dispuesto en el art. 103 a) del Reglamento 2019/1111 (autoridades públicas para expedir un documento público y para registrar un acuerdo a las que se refiere el art. 2), España ha comunicado, de forma criticable, lo siguiente: “En las materias establecidas en el artículo 1, apartado 1, letras a) y b), son competentes los jueces y magistrados. Además, en el caso del artículo 1.1.a), también son competentes los notarios, siempre y cuando no existan menores involucrados en el procedimiento. También los Letrados de la Administración de Justicia, que tienen competencias para aprobar divorcios de mutuo acuerdo”. Y decimos que es criticable porque con esta comunicación el legislador español olvida, de nuevo, que la escritura de divorcio autorizada por el notario debe calificarse como una “resolución judicial” y no como un “documento público”. Afirmación que se corrobora desde el momento que se ha comunicado, en relación con el art. 36, que la autoridad competente para expedir el certificado relativo a las resoluciones en materia matrimonial es el Letrado de la Administración de

<sup>44</sup> Vid. art. 4.3 del Reglamento 805/2004, art. 2.3 del Reglamento 4/2009, art. 2.c) del Reglamento 1215/2012, art. 3.1.i) del Reglamento 650/2012 y arts. 3.1.c) del Reglamento 2016/1103 y del Reglamento 2016/1104.

<sup>45</sup> Sentencia de 17 de junio de 1999, asunto C-260/97, Unibank (ECLI:EU:C:1999:312). Recuérdese que el Tribunal de Justicia afirmó expresamente que el carácter ejecutivo (aspecto que se determinará conforme a lo previsto en el ordenamiento del Estado miembro de origen) y la intervención de una autoridad pública son dos condiciones que deben cumplirse de forma acumulativa en un documento para ser considerado como “documento público”.

En la práctica, y como puso relieve el Informe P. SCHLOSSER, pueden plantearse problemas en relación con determinados documentos de los países del *Common Law* que autorizados por un *Notary Public*, cuya actividad no es equivalente a la del notariado latino, no tienen efecto ejecutivo. Informe de P. SCHLOSSER sobre el Convenio de 9 de octubre de 1978 relativo a la adhesión del Reino de Dinamarca, de Irlanda y del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte al Convenio relativo a la competencia judicial y a la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, así como al Protocolo relativo a su interpretación por el Tribunal de Justicia, *DOC* 189, de 28 de junio de 1990.

<sup>46</sup> El Considerando 15 señala que en relación con los documentos públicos la palabra “habilitación” debe interpretarse de forma autónoma de conformidad con la definición de documento público que se utiliza horizontalmente en otros instrumentos de la Unión y a la luz de las finalidades del presente Reglamento. A juicio de F.J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Sepin, Madrid, 2020, p. 69, esta expresión no deja de sorprender, máxime cuando no aparece más en la regulación del Reglamento.

<sup>47</sup> Para un estudio de los requisitos que debe reunir el documento público vid. P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “Artículo 65. Reconocimiento y ejecución de los documentos públicos y de los acuerdos”, en G. PALAO MORENO (DIR), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 542.

<sup>48</sup> Así, por ejemplo, y como señala A. RIPOLL SOLER, “Artículo 64. Ámbito de aplicación”, en G. PALAO MORENO (DIR), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, pp. 528-529, encajarían en dicha noción, entre otros, la reconciliación habida entre los cónyuges durante el procedimiento de separación o tras el mismo o el acuerdo resultante de la mediación durante la crisis familiar.

Justicia. La cuestión no es baladí porque si el notario es un “órgano jurisdiccional”, a los efectos del Reglamento, está vinculado por los foros de competencia judicial internacional fijados para la materia matrimonial. De lo contrario, de no ser considerado como tal, las normas de competencia judicial internacional funcionarían como reglas indirectas al exigirse en el art. 66.2, como condición para la expedición del certificado del Anexo VIII, que la autoridad que haya formalizado o registrado el documento público o acuerdo tuviese competencia con arreglo al Capítulo II (aspecto que analizaremos más adelante).

Si es cierto que el Tribunal de Justicia ha afirmado que el valor de las comunicaciones realizadas por los Estados miembros no es definitiva, pues tienen un valor de presunción *iuris tamtum*<sup>49</sup>, esto no puede servir de excusa para no modificar lo comunicado de forma incorrecta<sup>50</sup>. La aplicación de normas tan complejas, como es el Reglamento 2019/1111, exige una buena formación y conocimiento por parte de los operadores jurídicos a lo que no contribuye, a nuestro juicio, los olvidos y confusiones de las comunicaciones realizadas por España, así como la tardanza de nuestro legislador para publicar en el BOE la adaptación de la DF 22<sup>a</sup> LEC al Reglamento (cuando ha tenido tiempo de sobra para hacerlo).

**31.** Junto a esta definición de documento público, el art. 2.2.3) del Reglamento 2019/1111 incorpora la siguiente noción de «acuerdo»: “a efectos del capítulo IV se entenderá por acuerdo, un documento que no es un documento público, que ha sido firmado por las partes en materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento y que ha sido registrado por una autoridad pública comunicada a la Comisión con este fin por un Estado miembro de conformidad con el art. 103”. Como puede comprobarse la noción de acuerdo se define en sentido negativo puesto que no es ni una resolución ni un documento público. Para ser considerado como “acuerdo” el documento debe haber sido firmado por ambas partes en las materias cubiertas por el Reglamento y tiene que ser registrado por una autoridad pública comunicada a tal efecto por un Estado miembro. Al exigirse estos requisitos queda claro que el Reglamento no se aplica a los acuerdos “meramente privados”, cuya eficacia quedará relegada a lo dispuesto en la legislación del Estado miembro requerido<sup>51</sup>.

**32.** Con estas tres nociones, y la aplicación del mismo régimen de eficacia, el legislador europeo da respuesta a los distintos tipos de divorcios extrajudiciales existentes en algunas de las legislaciones de los Estados miembros. En este sentido el Considerando 14, tras confirmar que el término “órgano jurisdiccional” debe interpretarse en sentido amplio, realiza una distinción entre diversas categorías de acuerdos atendiendo, como ya se ha afirmado, a la “intensidad de la intervención del órgano jurisdiccional”<sup>52</sup>. - En primer lugar, si el acuerdo ha sido aprobado por el órgano jurisdiccional después de haber examinado su fondo de conformidad con el derecho y los procedimientos nacionales, debe ser reconocido o ejecutado como una “resolución”, afirmación que ha sido corroborada por el TJUE en la Sentencia *Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht*. Sería el caso, como venimos estudiando, de la escritura de divorcio autorizada por un notario español. - En segundo término, cualquier otro acuerdo que adquiera efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen tras la intervención formal de una autoridad pública o de otra autoridad comunicada por un Estado miembro a

<sup>49</sup> En este sentido, entre otras, la ya citada Sentencia TJUE de 23 de mayo de 2019, asunto C-658/17, WB (ECLI:EU:2019:444). Sobre el valor de las Comunicaciones vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, tomo XIX-XX, 2019-2020, pp. 126-127.

<sup>50</sup> Muy críticos con las Comunicaciones realizadas por España se han mostrado F. MARTÍN MAZUELOS, “Órganos y autoridades competentes respecto al nuevo Reglamento Bruselas II ter: dudas que plantea la comunicación del Estado español”, *La Ley*, núm. 10135, 21 de septiembre de 2022, pp. 1-3 y J. BAYO DELGADO, “A propósito del nuevo Reglamento (UE) núm. 2019/1111”, *Revista española de Derecho internacional*, núm. 2, 2022, p. 500.

<sup>51</sup> Vid. Supra nota 21.

<sup>52</sup> C. HONORATI Y S. BERNASCONI, “L’efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i Regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter”, *Rivista trimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, núm. 2, 2020, p. 40. A juicio de N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 1, 2021, p. 474, el dato clave para saber si un divorcio extrajudicial va a ser reconocido como “resolución judicial” o como “documento público o acuerdo” reside en la función que haya desempeñado la autoridad extranjera, si ha intervenido con una función constitutiva o si su función ha sido meramente recepticia de la voluntad de los cónyuges.

la Comisión para tal fin debe hacerse efectivo en los demás Estados miembros con arreglo a las disposiciones específicas sobre “documentos públicos y acuerdos”. - Por último, pueden circular conforme a las previsiones del Reglamento los acuerdos que no sean ni una resolución ni un documento público, pero que hayan sido registrados por una autoridad pública competente para hacerlo. Entre tales autoridades públicas pueden figurar los notarios que registren acuerdos, aun cuando estén ejerciendo una profesión liberal. Un ejemplo de divorcio privado que encajaría en esta nueva noción de “acuerdo” del Reglamento 2019/1111 es, como considera la doctrina, el previsto en el art. 229 del Código civil francés<sup>53</sup>. En este divorcio no interviene ninguna autoridad pública, los cónyuges acuerdan el divorcio en un documento que es refrendado por los abogados y que se deposita ante un notario. El notario no realiza ningún control de legalidad, sino que se limita a protocolizar el acuerdo de divorcio<sup>54</sup>.

## 2. La regulación de la eficacia de los documentos públicos y acuerdos por asimilación a la de las resoluciones judiciales

33. El art. 64 del Reglamento 2019/1111, que lleva por título “ámbito de aplicación”, establece que “la presente sección se aplica en materia de divorcio, separación legal y responsabilidad parental a los documentos públicos que hayan sido formalizados o registrados, y a los acuerdos que hayan sido registrados en un Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al capítulo II”. Y la regulación de la eficacia estos documentos públicos y acuerdos se realiza, al igual que se ha hecho en el resto de Reglamentos, por asimilación a la de las resoluciones judiciales<sup>55</sup>. Así lo afirma expresamente el Considerando 70 cuando afirma que: “los documentos públicos y los acuerdos entre partes relativos a la separación legal y al divorcio que tengan efecto jurídico vinculante en un Estado miembro deben asimilarse a «resoluciones» a efectos de la aplicación de las normas sobre reconocimiento...”.

34. Consecuencia directa de la extensión de las soluciones previstas para las resoluciones judiciales a los documentos públicos y los acuerdos sobre separación legal y divorcio “que tengan efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen” es, como afirma el art. 65.1, que estos se reconocerán en el resto de Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial, es decir, se consagra la regla del reconocimiento automático<sup>56</sup>. Se aplicará en consecuencia la Sección Primera del Capítulo IV, salvo disposición en contrario. Estableciéndose la misma regulación se eliminan, como ya se ha afirmado, “problemas de calificación y delimitación entre resolución judicial/documento público/acuerdo en el sector del reconocimiento”<sup>57</sup>.

<sup>53</sup> S. CORNELOUP Y T. KRUGER, “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du terrain”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 2, 2020, p. 237; B. JURIK “Le nouveau Règlement Bruxelles II ter: le changement, ce n’est pas pour maintenant!”, *Journal européen des droits européens*, vol. 20, 2019, p. 2; M. REVILLARD, *Droit international privé et européen: pratique notariale*, 10ª ed, Defrénois, Paris, 2022, pp. 179-192.

<sup>54</sup> El divorcio privado fue aprobado en Francia por la Ley núm. 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016 de modernización de la justicia del siglo XXI. Siguiendo a M. PEREÑA VICENTE, “El divorcio sin juez en el Derecho español y francés: entre el divorcio por notario y el divorcio por abogado. Dificultades teóricas y prácticas”, *Anuario de Derecho Civil*, tomo LXXII, 2019, pp. 37-38, el acuerdo de divorcio corresponde hacerlo a los cónyuges asistido cada uno por su abogado. El acuerdo debe contener las menciones del art. 229.3 del Código civil francés y si existen hijos menores debe constar que han sido informados de su derecho a ser oídos y que no desean hacer uso de esta facultad ya que, de lo contrario, se abriría la vía judicial. Además, debe constar el notario que va a protocolizarlo. Una vez que se ha redactado el acuerdo de divorcio debe ser comunicado por correo certificado con acuse de recepción a cada cónyuge por su abogado y se abre un periodo de reflexión de 15 días desde la recepción, durante el que no se puede firmar, bajo sanción de nulidad. Transcurrido ese plazo el acuerdo será firmado por las partes y refrendado por los abogados. Una vez firmado en tres ejemplares se envía al notario que debe proceder a su protocolización en un plazo máximo de 7 días. La doctrina francesa se ha mostrado muy crítica con esta regulación vid F. FERRAND, “Non-judicial divorce in France: Progress or a mess?”, en G. DOUGLAS, M. MURCH Y V. STEPHENS (eds), *International and National Perspectives on Child and Family Law. Essays in Honour of Nigel Lowe*, Intersentia, 2018, pp. 193-204 y la bibliografía citada.

<sup>55</sup> Vid. art. 46 del Reglamento 2201/2003, art. 25 del Reglamento 805/2004, art. 48 del Reglamento 4/2009, art. 58 del Reglamento 1215/2012, art. 60 del Reglamento 650/2012 y arts. 59 del Reglamento 2016/1103 y del Reglamento 2016/1104.

<sup>56</sup> Para su estudio vid, bibliografía citada supra nota 9.

<sup>57</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2022, p. 560. Por esta razón considera (p. 562) que la Sentencia del Tribunal de

35. A tal efecto, y a instancia de parte, el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de origen comunicados a la Comisión expedirán un certificado de documento público o acuerdo utilizando el formulario que figura en el Anexo VIII. Como ya hemos adelantado, España ha comunicado que son autoridades competentes en relación con el certificado del artículo 66, apartado 1, letra a), “los letrados de la Administración de Justicia y los notarios”. Ahora bien, esta comunicación es incorrecta porque si la escritura de divorcio es una “resolución judicial” el notario no debe expedir el Anexo VIII, sino el Anexo II<sup>58</sup>. Pero el problema está en que tampoco se contempla al notario en relación el certificado del art. 36, apartado, 1, letra a) (Anexo II- Certificado relativo a las resoluciones en materia matrimonial). De no rectificarse estas comunicaciones, consideramos necesario que este extremo sea aclarado en la (tan esperada) adaptación de la DF 22ª LEC al Reglamento 2019/1111.

36. El certificado es obligatorio por lo que si no se presenta no se reconocerá el documento público o el acuerdo en otro Estado miembro (art. 66.5). Y *únicamente* podrá expedirse si se cumplen las condiciones que enumera el art. 66.2<sup>59</sup>:

- El Estado miembro que haya facultado a la autoridad pública o a otra autoridad para formalizar o registrar el documento público o para registrar el acuerdo tenía competencia con arreglo al capítulo II. A tal efecto, el art. 64 establece que la Sección Cuarta del Capítulo IV se aplica en materia de divorcio, separación judicial a los documentos públicos que hayan sido formalizados o registrados y a los acuerdos que hayan sido registrados en un Estado miembro “que ejerza su competencia con arreglo al capítulo II”. Como ya hemos afirmado las normas de competencia judicial internacional del Capítulo II sólo vinculan a los “órganos jurisdiccionales” de los Estados miembros (en el sentido amplio en el que debe entenderse dicho concepto), por lo que esas otras autoridades públicas u otras autoridades no están sometidas a ellas. De esta forma, al exigirse el cumplimiento de esta condición, las normas de competencia del Reglamento funcionan como reglas indirectas para el reconocimiento<sup>60</sup>. La consecuencia directa de la falta de competencia es que el certificado no puede expedirse pues dicho extremo debe figurar en el punto 2 del Anexo VIII<sup>61</sup>.
- El documento público o acuerdo tiene efecto jurídico vinculante en dicho Estado miembro. A tal efecto, en el punto 7.5 del Anexo VIII debe señalarse la fecha a partir de la que el documento público o el acuerdo tiene efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen<sup>62</sup>.

---

Justicia Senatsverwaltung für Inneres und Sport, Standesamtsaufsicht nace caducada pues va a ser el mismo el tratamiento de los divorcios judiciales alemanes, los notariales españoles, los registrados en Francia, en Italia o en Portugal. También va a ser irrelevante si el interviniente realiza un control de contenido o no.

<sup>58</sup> F. MARTÍN MAZUELOS, “Órganos y autoridades competentes respecto al nuevo Reglamento Bruselas II ter: dudas que plantea la comunicación del Estado español”, *La Ley*, núm. 10135, 21 de septiembre de 2022, p. 3, entiende que la referencia en la comunicación del art. 66 debería suprimirse.

<sup>59</sup> Como afirman C. HONORATI Y S. BERNASCONI, “L’efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i Regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter”, *Rivista trimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, núm. 2, 2020, p. 45, al exigirse el respeto de estas condiciones para la certificación, el nuevo Reglamento instituye un sistema de control “cuasi jurisdiccional”.

<sup>60</sup> Vid. en este sentido, A. DAVI Y A. ZANOBETTI, “Il nuovo Regolamento UE 2019/1111 e la circolazione di separazioni e divorzi nello spazio giudiziario europeo”, *Studi sull’integrazione europea*, XIV, 2019, p. 762; C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Highlights on the Brussels II ter Regulation. What’s new in Regulation (EU) n° 2019/1111?”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, p. 101; P. JIMÉNEZ BLANCO, “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2022, pp. 567-568; C. HONORATI Y S. BERNASCONI, “L’efficacia cross-border degli accordi stragiudiziali in materia familiare tra i Regolamenti Bruxelles II-bis e Bruxelles II-ter”, *Rivista trimestrale on line sullo Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia*, núm. 2, 2020, p. 44.

<sup>61</sup> Como afirman V. LAZIZ Y I. PRETELLI, “Revised recognition and enforcement procedures in Regulation Brussels II ter”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, de esta forma se evita el fenómeno del “divorcio shopping”. En sentido análogo, G. PAYAN, “Les apports du règlement Bruxelles II ter à l’édification de l’espace judiciaire européen: entre améliorations et insuffisances”, *Journal de Droit International*, núm. 2, 2023, p. 449.

<sup>62</sup> Para la materia de responsabilidad parental debe expedirse el Anexo IX y se añade que el certificado no podrá expedirse si existen indicios de que el contenido del documento público o acuerdo es contrario al interés superior del menor. Para su estudio vid. F. J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111. Competencia, reconocimiento y*

El certificado se rellenará en la lengua del documento público o del acuerdo. Si se expidiese en otra lengua oficial de las instituciones de la Unión Europea solicitada por las partes, el órgano jurisdiccional o la autoridad que lo expida no tiene obligación alguna de proporcionar una traducción o transcripción del contenido traducible de los campos de texto libre (art. 66.4).

**37.** Conforme establece el art. 67, el órgano jurisdiccional o la autoridad competente del Estado miembro de origen rectificará el certificado, previa solicitud o de oficio, en caso de que, debido a un error material o a una omisión, haya discrepancias entre el documento público o el acuerdo y el certificado (por ej. el nombre que figura en el certificado de uno los cónyuges es distinto del que aparece en el documento público). Y lo revocará, de oficio o a instancia de parte, cuando se haya expedido de forma indebida, habida cuenta de las condiciones establecidas en el art. 66. Al permitirse que pueda revocarse el certificado el Reglamento está introduciendo una alteración a la regulación prevista en la Sección Primera del Capítulo IV donde sólo se prevé, para las resoluciones sometidas al régimen general, la rectificación del certificado (art. 37)<sup>63</sup>. El procedimiento de rectificación o de revocación del certificado, incluido cualquier recurso relativo a estos, se regulará por el Derecho del Estado miembro de origen, por lo que quedamos a la espera de lo que vaya a disponer la nueva DF 22<sup>a</sup> LEC<sup>64</sup>.

**38.** El art. 68.1 reproduce los motivos de denegación del reconocimiento recogidos en el art. 38 para las resoluciones en materia matrimonial con la salvedad, claro está, del basado en la lesión de los derechos de defensa del demandado que requiere un procedimiento judicial<sup>65</sup>. En concreto se establece que “*deberá denegarse*” el reconocimiento de un documento público o acuerdo relativo a la separación legal o al divorcio si:

- a) El reconocimiento fuere manifiestamente contrario al orden público del Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento.

Se denegará el reconocimiento del documento público o acuerdo relativo a la separación legal o al divorcio cuando contravenga de forma manifiesta los principios esenciales e irrenunciables del ordenamiento jurídico del Estado miembro requerido. Tratándose de un concepto jurídico indeterminado, cuyo contenido corresponde fijar a los órganos del Estado miembro en el que sea invocado el reconocimiento, corresponde al TJUE “controlar los límites dentro de los cuales los tribunales de un Estado contratante pueden recurrir a este concepto para no reconocer una resolución dictada por un órgano jurisdiccional de otro Estado contratante”<sup>66</sup>. La función del orden público es proteger los valores esenciales del foro y su aplicación debe ser muy muy excepcional, sólo en el caso de que exista una violación manifiesta de una norma considerada esencial en el Estado miembro requerido o de un derecho reconocido como fundamental en ese ordenamiento jurídico<sup>67</sup>. En la materia

---

*ejecución de resoluciones en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Sepin, Madrid, 2020, p. 431.

<sup>63</sup> La revocación del certificado sólo se permite para las resoluciones privilegiadas (art. 48). Para su estudio vid, M<sup>a</sup> A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “El régimen de las resoluciones privilegiadas”, en B. CAMPUZANO DÍAZ (DIR), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, pp. 237-250.

<sup>64</sup> Por lo que se refiere al Título ejecutivo europeo la DF 21<sup>a</sup> LEC por la que se facilita en España la aplicación del Reglamento 805/2004, establece para los documentos públicos con fuerza ejecutiva que “corresponderá al notario en cuyo protocolo se encuentre el título ejecutivo europeo certificado expedir el relativo a su rectificación por error material y el de revocación previstos en el artículo 10.1 del Reglamento... En todo caso, deberá constar en la matriz o póliza la rectificación, revocación, falta o limitación de ejecutividad”.

<sup>65</sup> Los apartados 2 y 3 del art. 68 enumeran los motivos de denegación en materia de responsabilidad parental distinguiendo, al igual que hace el art. 39, si son obligatorios o de apreciación facultativa.

Como recuerda el Considerando 55, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones, documentos públicos y acuerdos que emanen de un Estado miembro deben basarse en el principio de confianza debiéndose limitar al mínimo los motivos de denegación del reconocimiento.

<sup>66</sup> STJUE de 28 de marzo de 2000, asunto C-7/98, Krombach (ECLI:EU:C:2000:164).

<sup>67</sup> Entre otras, Sentencias de 28 de marzo de 2000, C-7/98, Krombach (ECLI:EU:C:2000:164); de 28 de abril de 2009, asunto

matrimonial este motivo se invocará, como ya se ha afirmado, cuando exista discriminación por razón de sexo o de religión<sup>68</sup>; o para realizar un control sobre el consentimiento<sup>69</sup>.

- b) Fuere irreconciliable con una resolución, un documento público o un acuerdo entre las mismas partes en el Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento.

Debe entenderse que existe inconciliabilidad cuando las decisiones “implican consecuencias jurídicas que se excluyen recíprocamente”<sup>70</sup>. Por ejemplo, se solicita en España el reconocimiento de un documento público de separación habiéndose disuelto ya el matrimonio en nuestro país por una resolución de divorcio.

Este motivo de denegación solo exige la “identidad de partes”, siendo indiferente que la resolución/documento público/acuerdo sea o no anterior a aquél cuyo reconocimiento se solicita, pues se prefiere siempre<sup>71</sup>.

- c) Fuere irreconciliable con una resolución, un documento público o un acuerdo anterior dictado en otro Estado miembro o en un Estado no miembro entre las mismas partes, siempre y cuando la primera resolución, el primer documento público o el primer acuerdo reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento. Como puede comprobarse además de la identidad de partes, se exige la “anterioridad” y que “la primera resolución, el primer documento público o el primer acuerdo reúna las condiciones necesarias para su reconocimiento en el Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento”.

#### IV. Conclusiones

**39.** El Tribunal de Justicia en la Sentencia de 15 de noviembre de 2022 aborda por primera vez la cuestión relativa a la eficacia de los divorcios extrajudiciales en el ámbito del Reglamento 2201/2003. En particular, si pueden reconocerse conforme a las soluciones previstas para las resoluciones judiciales y beneficiarse, en consecuencia, de la regla del reconocimiento automático. En el caso concreto, el problema se planteó en relación al reconocimiento en Alemania de un divorcio italiano de mutuo acuerdo obtenido en un procedimiento extrajudicial. Y para responder a la cuestión el Tribunal basa todo su razonamiento en la interpretación del concepto “resolución judicial” y en los elementos que deben cumplirse

---

C-420/07, Apostolides (ECLI:EU:C:2009:271); de 6 de septiembre de 2012, C-619/10, Trade Agency (ECLI:EU:C:2012:531) y de 23 de octubre de 2014, asunto C-302/13, Lithuanian Airlines (ECLI:EU:C:2014:2319).

Buena prueba de que debe intervenir de forma excepcional es que el orden público no puede justificar un control de la competencia judicial internacional (art. 69) y que el art. 70 del Reglamento prohíbe el control de la competencia legislativa ya que no puede denegarse el reconocimiento porque el Derecho del Estado miembro en el que se invoca el reconocimiento no autoriza el divorcio, la separación legal o la nulidad matrimonial basándose en los mismos hechos. Debe recordarse además que, como ha afirmado el Tribunal de Justicia en la Sentencia 16 de diciembre de 2016, asunto C-386/17, Liberato (ECLI:EU:C:2019:24), la infracción de las normas de litispendencia no puede justificar, por sí sola, la denegación del reconocimiento de una resolución por ser manifiestamente contraria al orden público del Estado miembro requerido.

<sup>68</sup> I. ANTÓN JUÁREZ, “Artículo 68. Motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución”, en E. CASTELLANOS RUIZ (DIR), *Comentario al nuevo Reglamento (UE), Bruselas II ter relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental y sobre la sustracción internacional de menores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023, p. 567; P. CARRIÓN GARCÍA DE PARADA, “Artículo 68. Motivos de denegación del reconocimiento o de la ejecución”, en G. PALAO MORENO (DIR), *El nuevo marco europeo en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción de menores. Comentarios al Reglamento (UE) n° 2019/1111*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, p. 601.

<sup>69</sup> P. JIMÉNEZ BLANCO, “La desjudicialización de divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, núm. 2, 2022, p. 565.

<sup>70</sup> Así lo ha afirmado el Tribunal de Justicia en las Sentencias de 4 de febrero de 1988, C-145/86, Hoffman (ECLI:EU:C:1988:61) y de 6 de junio de 2002, asunto C-80/00, Leather (ECLI:EU:C:2002:342)

<sup>71</sup> Vid para su estudio S. CORNELOUP Y T. KRUGER, “Le Règlement 2019/1111, Bruxelles II: la protection des enfants gagne du terrain”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 2, 2020, p. 240. Como afirma N. MARCHAL ESCALONA, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado español*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2022, p. 150, la operatividad del motivo de denegación basado en la inconciliabilidad en este tipo de divorcios en nula ya que existe mutuo acuerdo de los cónyuges y es difícil pensar que alguno de los cónyuges haya solicitado la disolución del vínculo matrimonial ante otra autoridad o tribunal competente.

para que una decisión sea calificada como tal y poder circular por el espacio europeo. La autoridad extrajudicial que conoce del divorcio debe tener, conforme a lo previsto en su ordenamiento, competencia en la materia (lo que viene a corroborar que el concepto de “órgano jurisdiccional” debe interpretarse en sentido amplio) y realizar un control sobre el fondo, es decir, intervenir con una función decisoria.

**40.** Tras esta Sentencia la cuestión prejudicial planteada al TJUE en relación con el Derecho español fue retirada, lo que viene a confirmar que las escrituras de divorcio autorizadas por los notarios españoles deben calificarse como “resolución judicial” al cumplirse, como hemos analizado, las premisas que se exigen para ello.

**41.** No obstante, hay que concluir afirmando que el debate suscitado sobre esta cuestión se ha diluido ya que desde el 1 de agosto de 2022 han comenzado a aplicarse las reglas del Reglamento 2019/1111 que establecen para los “documentos públicos” y “acuerdos”, el mismo de régimen de eficacia extraterritorial que el previsto para las “resoluciones judiciales”, si se cumplen las condiciones exigidas. A nuestro juicio, las Comunicaciones realizadas por España deben rectificarse puesto que el notario es un “órgano jurisdiccional” que debe expedir el Anexo II previsto para las resoluciones en materia matrimonial. Además, urge la publicación en el BOE de la adaptación de la DF 22<sup>a</sup> LEC lo que contribuirá, sin lugar a dudas, a una correcta aplicación por parte de los operadores jurídicos de toda esta nueva regulación.