

La decisión notarial española como “resolución” en el contexto del Reglamento Bruselas II ter

MARÍA ÁNGELES SÁNCHEZ JIMÉNEZ*

*Profesora Titular de Derecho internacional privado
Universidad de Murcia*

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. DIFERENTES CATEGORÍAS PARA LA CALIFICACIÓN DEL ACUERDO DE DIVORCIO EXTRAJUDICIAL. 2.1. *El grado de intervención de la autoridad extrajudicial como criterio que sustenta la delimitación.* 2.2 *La interpretación del concepto de “resolución judicial” en la STJUE C-646/20.* 3. DIVORCIO ACORDADO ANTE AUTORIDAD NOTARIAL ESPAÑOLA. 3.1. *Transcendencia de la calificación de la decisión notarial como “resolución”.* 3.2. *La Comunicación de España. El listado de autoridades competentes.* 3.3 *La cuestión prejudicial C-304/22. Calificación de la decisión de la autoridad notarial española.* 4. CONCLUSIONES.

1. INTRODUCCIÓN

El Reglamento 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 en materia de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores¹ (a partir de ahora Reglamento Bruselas II ter), constituye una positiva respuesta para la libre circulación de los divorcios extrajudiciales acordados por las autoridades de los Estados miembros². Este impulso deriva de las importantes novedades que

* El presente trabajo se enmarca en la ejecución del Proyecto I+D+i PID2020-113444RB-I00, "Matrimonio y otros modelos familiares: crisis y protección de menores en un contexto de creciente migración", financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033

¹ DOUE L 178, de 2 de junio de 2019.

² Si bien el término “divorcio extrajudicial” comprende la disolución del vínculo matrimonial acordada por cualquier autoridad no judicial, en el contexto del Reglamento Bruselas II ter en el que este trabajo se enmarca, ha de entenderse referido al caso en el que es acordado por una autoridad que desempeña una función

introduce respecto al Reglamento 2201/2003 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) 1347/2000³ (a partir de ahora Reglamento Bruselas II bis).

El reconocimiento de la autonomía de la voluntad de las partes en los asuntos familiares ha llevado a diversos Estados miembros a admitir los divorcios acordados ante autoridades no pertenecientes al sistema judicial. Estas reglamentaciones estatales se caracterizan por su diversidad, esencialmente como consecuencia de la función y el alcance del grado de intervención que reconocen a las respectivas autoridades competentes⁴. Esta diversidad se encuentra en la base de la articulación de los conceptos que define el art. 2 del Reglamento Bruselas II ter distinguiendo entre la “resolución”, “documento público” y “acuerdo”. Se trata de la clasificación que sustenta la articulación del sistema de reconocimiento establecido en su Capítulo IV, del que resulta la equiparación de estas diferentes categorías de títulos a los efectos del procedimiento, al introducir el reconocimiento automático para todos ellos. La consecuencia es la pérdida de relevancia, a los efectos del reconocimiento, de la delimitación de la categoría en la

equivalente a la realizada por las autoridades judiciales, ya que, de otro modo, se trataría de los “divorcios privados” que quedan excluidos de su ámbito (*Vid. Infra*, apartado II. 1).

³ DOUE L 338, de 23 de diciembre de 2003.

⁴ Como indica Shúilleabháin, los años que han precedido a la adopción del Reglamento Bruselas II ter ha habido un cambio hacia la “desjudicialización” del divorcio, en particular en los Estados miembros que han abierto la posibilidad de divorciarse por escritura notarial. SHÚILLEABHÁIN, M., “An overview of the principal reforms in Regulation (EU) 2019/1111”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020/2021, pp. 117-137 (pp. 120-121). Un estudio del divorcio extrajudicial en derecho comparado es abordado por MARCHAL ESCALONA, N., *El divorcio no judicial en Derecho Internacional Privado*, Aranzadi, Pamplona, 2022. Un análisis del impacto de esta diversidad desde la perspectiva de las diferencias de las legislaciones entre los Estados miembros, es realizado por: D’ALESSANDRO, E., “The impact of private divorces on EU Private International Law”, en SCHERPE, J., y BARGELLI, E. (eds.), *The interaction between family law, succession and Private International Law*, Intersentia, 2021, pp. 59-75; HONORATI, C., BERNASCONI, S., “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. 22-50; LAZIC, V., PRETELLI, I., “Revised recognition and enforcement procedures in Regulation Brussels II ter”, *Yearbook of Private International Law*, vol. XXII, 2020-2021, pp. 160-164.

que se comprenda el acuerdo de divorcio. Se trata de una de las principales novedades del nuevo texto europeo, cuya incidencia es evidente respecto a la libre circulación de los divorcios extrajudiciales. Ahora bien, la trascendencia de este resultado no puede ocultar la particular relevancia que a otros efectos diferentes presenta el alcance de esta delimitación, como se va a mostrar en este análisis.

Esta trascendencia motiva el objeto del presente trabajo, con el que se trata de abordar la respuesta a la calificación de la decisión de divorcio de la autoridad notarial española entre las categorías que recoge el art. 2 del Reglamento Bruselas II ter. A esta finalidad obedecen las dos partes en las que se distribuye su sistemática. La primera de ellas viene centrada en la delimitación entre la “resolución”, el “documento público” y “acuerdo”, como punto de partida necesario para abordar, en la segunda, la respuesta sobre la que gravita este estudio.

2. DIFERENTES CATEGORÍAS PARA LA CALIFICACIÓN DEL ACUERDO DE DIVORCIO EXTRAJUDICIAL

2.1. El grado de intervención de la autoridad extrajudicial como criterio que sustenta la delimitación

El Reglamento Bruselas II ter recoge en su art. 2 un concepto autónomo de “resolución”, “documento público” y “acuerdo”, que muestra las diferencias entre estas categorías de títulos en los que puede quedar comprendido el acuerdo de divorcio que expide la autoridad extrajudicial.

En lo que respecta a la “resolución”, coincide con el Reglamento Bruselas II bis al identificarla con la decisión de un “órgano jurisdiccional” de un Estado miembro (todos, salvo Dinamarca), referida a las materias comprendidas en el ámbito del Reglamento (art.2.1). El mismo precepto indica que en el término “órgano jurisdiccional” queda comprendida cualquier autoridad de cualquier Estado miembro que tenga competencia en tales materias (art.2.2.1). Una amplia definición, en la que presenta particular relevancia la clarificación que introduce en su considerando 14, al señalar que este término ha de entenderse en el sentido amplio que le atribuye la jurisprudencia del TJUE “a fin de abarcar igualmente a las autoridades administrativas u otras autoridades, como los notarios, que tienen competencia en ciertas cuestiones en materia matrimonial y de responsa-

bilidad parental”⁵. En todo caso, la precisión del concepto de “resolución” exige considerar la interpretación realizada por el TJUE en la Sentencia de 15 de noviembre de 2022, C-646/20, cuya importancia le hace merecedora de la específica consideración que se le dedica en el siguiente apartado.

⁵ La clarificación que incorpora el considerando 14 adquiere particular relevancia por cuanto que la aplicabilidad por las autoridades extrajudiciales de los Reglamentos relativos a las crisis matrimoniales llegó a plantearse como consecuencia de dos pronunciamientos del TJUE: Auto (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016, C-281/15, Sahyouni (ECLI:EU:C:2016:343) y Sentencia de 20 de diciembre de 2017, C-372/16, Sahyouni (Sahyouni II) (ECLI:EU:C:2017:988). Si bien ambos fueron realizados en el contexto del Reglamento 1259/2010, lo cierto es que motivaron que se planteara su aplicabilidad, por extensión, a los divorcios notariales en el contexto del Reglamento 2201/2003. Si en el primero de aquellos pronunciamientos el TJUE se declaró incompetente, en la Sentencia posterior resolvió interpretando que las referencias a la intervención de un órgano jurisdiccional y a la existencia de un procedimiento que figuran en varias disposiciones del Reglamento, ponen de manifiesto que éste tiene por objeto exclusivamente el divorcio pronunciado por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de ésta (aptdo. 39). Al respecto *vid.* (entre otros) ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S., “*Sahyouni* más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16)”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 35, 2018, pp. 15-20; DIAGO DIAGO, M.P., “Inclusión de los “divorcios privados” en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010: Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Sala Primera) de 20 de diciembre de 2017, Asunto C-372/16: Sahyouni”, *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 2018, pp. 1-11; CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, C., “Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer Estado: asunto C-281/15”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 9, núm. 2, 2017, pp. 629-634; GANDÍA SELLENS, A., “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 Millennium Dipr*, núm. 4, 2016, pp. 1-12; GANDÍA SELLENS, A., ZIMMER, C., “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 Millennium Dipr*, núm. 8, 2018, pp. 1-14; GONZÁLEZ BEILFUSS C., “El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado”, *El Derecho Internacional Privado entre la tradición y la innovación, Libro Homenaje al profesor J. M. Espinar Vicente*, Iprolex, Madrid, 2020, pp. 347-363; *Id.*, “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, pp. 95-116. En este último análisis destaca González Beilfuss (p. 99) que, precisamente, lo relevante de esta doctrina es que la llamada al legislador que realizaba el TJUE en la Sentencia Sahyouni II fue retomada en el curso de las negociaciones del Reglamento 2019/1111.

El Reglamento Bruselas II ter también recoge, a diferencia de su predecesor, un concepto autónomo de “documento público” (art. 2.2.2). En este título queda integrado el acuerdo extrajudicial que, referido a las materias comprendidas en el ámbito de aplicación del Reglamento, hubiera sido formalizado o registrado oficialmente en cualquier Estado miembro como “documento público”, cuya autenticidad, referida a la firma y contenido del instrumento, haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin. A estos efectos los Estados miembros han de comunicar a la Comisión, conforme a lo establecido por el art. 103, cuales son dichas autoridades.

Por último, el Reglamento introduce de forma novedosa una referencia al término “acuerdo” (art. 2.2.3), al delimitarlo como un documento, “que no es un documento público”, firmado por las partes, referido a las materias que entran en el ámbito de aplicación del Reglamento, y que ha sido registrado por una autoridad pública comunicada por los Estados miembros a la Comisión de acuerdo con lo previsto en el art. 103. Estos acuerdos privados registrados por la autoridad pública competente se benefician de la libre circulación a diferencia, como aclara el considerando 14, de los acuerdos meramente privados, a los que expresamente excluye de la aplicación del régimen del reconocimiento del Reglamento⁶.

La consideración de estos conceptos permite destacar un doble aspecto. El primero, que el carácter, entendido como la función y el grado con el que interviene la autoridad competente en el acuerdo de divorcio, es la clave sobre la que se articula la distinción entre estas categorías⁷. La “resolución” ha de ser adoptada por un “órgano jurisdiccional”, lo que implica

⁶ El reconocimiento de estos acuerdos privados se rige por el sistema propio del ordenamiento del Estado requerido, sea el convencional, de existir y siempre que en su ámbito queden comprendidas estas decisiones, o bien el interno. Siguiendo a GONZÁLEZ BEILFUSS, C. (“Highlights on the Brussels II ter Regulation...”, *op. cit.*, p. 97) cabe señalar que el Reglamento 2019/1111 distingue tres categorías de títulos y, por vía de exclusión, otros instrumentos o acuerdos, siendo estos últimos los que, según el considerando 14, no pueden circular de acuerdo con lo establecido por el Reglamento.

⁷ Se trata de la “intensidad” que presenta la intervención como señalan HONORATI C., BERNASCONI, S., “L’efficacia cross-border...”, *op. cit.*, p. 40. De manera muy clarificadora señala Jiménez Blanco que “(l)o determinante no es ya “quién” interviene, sino “cómo” interviene”. JIMÉNEZ BLANCO, P. “La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 14, núm. 2, 2022, pp. 555-579 (p. 556).

que la autoridad interviene con una función decisoria⁸. La definición del “documento público” muestra que la intervención de la autoridad tiene un carácter formal, como mero fedatario. En el “acuerdo”, la autoridad se limita a registrar el documento realizado por los cónyuges para regular su divorcio. El segundo aspecto relevante es que la comunicación que han de realizar los Estados miembros en virtud de lo establecido por el art. 103, viene referida a las autoridades competentes para formalizar o registrar el “documento público”, así como las habilitadas para registrar el “acuerdo”. Nada indica sobre las autoridades que pueden expedir las “resoluciones”.

Sobre la base de estos diferentes títulos se articula el Capítulo IV del Reglamento referido, como indica su rúbrica, al “reconocimiento y ejecución”. En la Sección primera introduce las disposiciones generales, dedicando la subsección primera a la reglamentación del reconocimiento de las “resoluciones”. De acuerdo con el art. 30.1, la “resolución” dictada en un Estado miembro ha de ser reconocida en los demás Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno. Esta directa eficacia sin previo proceso de homologación, identificada con el denominado reconocimiento automático, implica, particularmente en materia matrimonial, que no se requiere ningún procedimiento especial para la actualización de los datos del registro civil de un Estado miembro cuando se invoca una resolución firme dictada en otro Estado miembro (art. 30.2)⁹.

Por su parte, la Sección cuarta del Capítulo IV (arts. 64 a 68) viene referida específicamente a la eficacia extraterritorial de los “documentos públicos” y “acuerdos”¹⁰. El precepto esencial es el art. 65.1 al establecer

⁸ Un riguroso análisis de la delimitación del concepto de “órgano jurisdiccional” es realizado por JIMÉNEZ BLANCO, P., “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XIX-XX, 2019-2020, pp. 121-162. Destaca y desarrolla el alcance de la necesaria actividad decisoria por la autoridad interviniente que implica la vinculación entre la función jurisdiccional y la resolución judicial (pp. 128 ss).

⁹ Para el análisis del procedimiento *vid.* RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a. A., “El régimen general de reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales”, en CAMPUZANO DÍAZ, B. (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2022, pp. 215-235.

¹⁰ Esta reglamentación, que recoge en la Sección 4 del Capítulo IV, introduce, como indica Herranz Ballesteros, una de las más importantes novedades del Reglamento 2019/1111, “ya que supone una importante apertura hacia el reconocimiento de los acuerdos extrajudiciales en materia de derecho de familia”. HERRANZ

que ambos títulos han de ser reconocidos en otros Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial, remitiendo a la sección primera del mismo Capítulo referida a las “resoluciones”¹¹. Ahora bien, este reconocimiento automático exige un doble presupuesto. El primero, de acuerdo con el mismo art. 65, es el carácter vinculante en el Estado miembro de origen. El segundo, en virtud del art. 64, que la autoridad que formaliza o registra el “documento” o el “acuerdo” tenga competencia con arreglo a las normas del Capítulo segundo. Se trata de una importante precisión si se considera que estas normas de competencia sólo vinculan a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, ya que, a través de este presupuesto funcionan como reglas indirectas para que los “documentos públicos” y los “acuerdos” sobre separación y divorcio puedan beneficiarse del reconocimiento automático¹².

BALLESTEROS, M., “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 (p. 233). Ahora bien, la relevancia de esta novedad no ha impedido que se ponga de manifiesto “la existencia de una proliferación de reglas y procedimientos, una expansión sustancial de las disposiciones que puede socavar la agilidad de la aplicación en la práctica del Reglamento 2019/1111”, como se ha destacado por LAZIC V., PRETELLI, I., “Revised recognition and enforcement ...”, *op. cit.*, pp. 181-182. También recoge relevantes críticas con el sistema resultante SHÚILLEABHÁIN, M., “An overview of the principal reforms...”, *op. cit.*, pp. 117-137.

¹¹ Establece el art. 65.1 que “(l)os documentos públicos y los acuerdos sobre separación legal y divorcio que tengan efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen se reconocerán en otros Estados miembros sin que se requiera ningún procedimiento especial. Se aplicará en consecuencia la sección 1 del presente capítulo, salvo disposición en contrario en la presente sección”. Un análisis detallado del procedimiento es realizado por RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, M^a. A., “La eficacia extraterritorial de documentos públicos y acuerdos”, en CAMPUZANO DÍAZ, B. (Dir.), *Estudio del Reglamento (UE) 2019/1111 sobre crisis matrimoniales, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores*, Aranzadi-Thomson Reuters, Pamplona, 2022, pp. 267-279.

¹² En este sentido DAVI A., ZANOBETTI, A., “Il nuovo Regolamento UE 2019/1111 e la circolazione di separazioni e divorzi nello spazio giudiziario europeo”, *Studi sull'integrazione europea*, XIV, 2019, pp. 749-764 (p. 762); GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “Highlights on the Brussels II ter Regulation...”, *op. cit.*, p. 101; HONORATI C., BERNASCONI, S., “L'efficacia cross-border...”, *op. cit.*, p. 44; JIMÉNEZ BLANCO, P., “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos...”, *op. cit.*, pp. 154-155. Para LAZIC, V., PRETELLI, I. (“Revised recognition...”, *op.*

El resultado de este sistema es la equiparación entre las “resoluciones”, los “documentos públicos” y los “acuerdos” a los efectos del procedimiento para el reconocimiento. La primera consecuencia es que la calificación del título en el que se comprenda el acuerdo de divorcio extrajudicial es indiferente en Bruselas II ter frente a la importancia que presentaba en el ámbito del Reglamento Bruselas II bis¹³. Una segunda consecuencia se aprecia al considerar que esta equiparación opera al margen del carácter que presente la intervención de la autoridad extrajudicial en el acuerdo de divorcio, y siendo esta función la que se encuentra en la base de las diferencias de la reglamentación de los Estados miembros, se puede entender el impacto de la novedad del sistema introducido por el Reglamento Bruselas II ter a los efectos de la libre circulación de los acuerdos extrajudiciales de divorcio. Se trata de una relevante respuesta a la proliferación en el ámbito europeo de las legislaciones que los regulan, que ha de entenderse como consecuencia de la concepción de la “contractualización” del divorcio. Un resultado que lleva inevitablemente a destacar el contraste con la ausencia de la autonomía de la voluntad limitada en las normas de competencia. Su introducción hubiera sido necesaria en Bruselas II ter si se considera, entre otros aspectos, la coherencia que claramente manifiesta la reglamentación del nuevo sistema de reconocimiento que recoge.

cit., p. 168), la introducción de estas reglas indirectas de competencia obedece a la intención de prevenir el fenómeno del *forum shopping*.

¹³ La importancia de la novedad que introduce el Reglamento Bruselas II ter, así como la especial relevancia de su art. 65 son aspectos destacados por JIMÉNEZ BLANCO, P. (“La desjudicialización...”, *op. cit.*, pp. 560-561) cuando señala que “(1) a novedad podría verse, a simple vista, como cuestión de matiz, puesto que el art. 46 de Bruselas II bis también abarcaba los acuerdos. Sin embargo, es una novedad de calado puesto que es la primera vez que se incluye el reconocimiento procesal del efecto de cosa juzgada – al margen de la eficacia ejecutiva - de un documento público y de un acuerdo registrado”. “El avance más significativo del actual art. 65 de Bruselas II ter es que, por primera vez en un Reglamento UE, se regula el reconocimiento del efecto “constitutivo” y de cosa juzgada de un acto incorporado a documento público y de un acuerdo registrado en un Estado miembro”.

2.2. La interpretación del concepto de “resolución judicial” en la STJUE C-646/20

La Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2022, as. C-646/20, *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*¹⁴ (a partir de ahora STJUE C-646/20), resuelve una cuestión prejudicial planteada por los tribunales alemanes el 1 de diciembre de 2020¹⁵ y, por lo tanto, en el ámbito del Reglamento Bruselas II bis, si bien, como consecuencia del espacio temporal transcurrido hasta su resolución (dos años), la fecha de la Sentencia es posterior (tres meses) al momento en el que tuvo lugar la derogación de este texto europeo.

La cuestión planteada por el *Bundesgerichtshof* (Tribunal Supremo de lo Civil y Penal alemán) venía motivada por la solicitud de inscripción en el registro civil alemán de un divorcio expedido por el encargado del registro civil italiano de acuerdo con su legislación (Decreto-Ley 132/2014, de 10 de noviembre de 2014 (a partir de ahora DL 132/2014))¹⁶. La duda recaía sobre la calificación del acta emitida por esta autoridad italiana. Solamente de tratarse de una “resolución judicial” de acuerdo con art. 2.4 del Reglamento Bruselas II bis, podía ser objeto del reconocimiento automático previsto en su art. 21.1. Esta calificación es lo que plantea el tribunal alemán al TJUE cuando, en la primera cuestión prejudicial pregunta si la disolución de un matrimonio de acuerdo con el art. 12 del DL 132/2014 constituye una “resolución judicial” a los efectos del Reglamento Bruselas II bis y, en la segunda, para el caso de respuesta negativa a la primera, si debe tratarse conforme a lo previsto en su artículo 46 para los “documentos públicos” y “acuerdos”.

La relevancia de la STJUE C-646/20 se constata, tanto en atención al desarrollo de la argumentación, como por la declaración con la que fina-

¹⁴ ECLI:EU:C:2022:879. En este momento se trata de destacar de los elementos de esta Sentencia que presentan directa repercusión a los efectos del objeto del presente análisis. Un comentario más amplio de la misma en SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a.A., “Calificación del acta de divorcio expedida por el funcionario del 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. Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 15 de noviembre de 2022, Asunto C-646/20: *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*”, *La Ley Unión Europea*, núm.111, febrero 2023, pp.1-18.

¹⁵ Decisión prejudicial planteada el 1 de diciembre de 2020. DOUE C 44, de 8 de febrero de 2021.

¹⁶ GURI núm. 212, 12 septiembre 2014.

liza el Tribunal de Justicia. De los considerandos de esta Sentencia cabe destacar la interpretación autónoma y uniforme que realiza del concepto de “resolución judicial” como base para abordar la respuesta a la cuestión prejudicial planteada. Esta interpretación, a la que dedica una parte importante de la Sentencia (aptdos. 46 a 57), la aborda mediante la delimitación de los dos presupuestos sobre los que este concepto se articula.

Para la precisión del primero de ellos considera la vinculación entre “resolución judicial” y “órgano jurisdiccional”. Señala que, con independencia de su denominación, lo relevante para la existencia de una “resolución judicial” es que haya sido dictada por un “órgano jurisdiccional”, término que de acuerdo con el art. 2.1 del Reglamento Bruselas II bis comprende a las autoridades de los Estados miembros que tengan atribuida la competencia en las materias que entran en su ámbito de aplicación (aptdos. 46 a 51). Siendo esta atribución de competencia el aspecto determinante, entiende que, tanto las autoridades judiciales como las extrajudiciales pueden dictar una “resolución judicial” (aptdos. 48 a 50). Lo relevante, a los efectos de este primer presupuesto, es que la legislación del Estado miembro al que pertenezca le reconozca competencia para dictar un acuerdo de divorcio.

El segundo presupuesto lo identifica con el carácter decisorio con el que ha de intervenir la autoridad competente¹⁷. La precisión de este elemento requiere, como indica expresamente, que la autoridad pública que la adopte conserve el control de la declaración del divorcio, “lo que implica, especialmente en el ámbito de los divorcios de mutuo acuerdo, 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” (aptdo. 54). Este doble control es el que identifica el carácter decisorio de la intervención de la autoridad.

Sobre la base de esta delimitación de los elementos sobre los que grava el concepto de “resolución judicial”, en sí misma relevante, aborda el TJUE la cuestión prejudicial. Su respuesta pasa por precisar si el acta del

¹⁷ Como indica JIMÉNEZ BLANCO, P. (“La desjudicialización...”, *op. cit.*, p. 557) “(l) a resolución judicial no requiere de un juez, en sentido formal, pero sí de una actividad “constitutiva” por la parte del interviniente y vinculante para las partes, que no sea una mera incorporación de la voluntad de estas. (...). Por tanto, un juez (en sentido formal) que no dicte una resolución judicial no sería un “órgano jurisdiccional” a los efectos de los Reglamentos. Es decir, un notario podría equipararse a un juez cuando dicte una resolución judicial y un juez podría equipararse a un notario cuando realice una actividad que no sea dictar una resolución judicial”.

encargado del registro civil italiano, expedida en virtud de lo previsto en su legislación (art. 12 del DL 132/14), queda comprendida en el concepto de “resolución judicial” de acuerdo con los presupuestos previamente delimitados. A estos efectos constata que el funcionario del registro civil es una autoridad legalmente instituida, al venirle atribuida la competencia para declarar el divorcio (aptdos. 63 a 66). Acreditado el primer presupuesto, aborda el segundo a través de la consideración del control de los requisitos externos exigidos por su legislación, así como de los referidos al fondo del acuerdo. La constatación de los primeros no plantea problema, a diferencia de lo que ocurre con los segundos. Esta es la razón a la que obedece la relevante interpretación que realiza el TJUE al considerar que la declaración que realizan los cónyuges ante el encargado del registro civil, en la que expresan su voluntad de divorciarse, es suficiente para entender realizado el control del consentimiento por esta autoridad. El argumento es que esta declaración “implica que (dicha autoridad) se asegura de que consienten de forma válida, libre e informada en divorciarse” (aptdo. 64). En esta afirmación se encuentra la clave de la interpretación. Su resultado es la pérdida de relevancia del control del fondo del consentimiento, debido a la ausencia de equivalencia entre la mera declaración de los cónyuges y el examen de la realidad y validez de su consentimiento. Es más, siendo este control el que permite acreditar el carácter decisorio de la intervención de la autoridad competente, la consecuencia última de esta interpretación es, en definitiva, la pérdida de relevancia de esta función decisoria, a pesar de que se trata de uno de los presupuestos que configuran el concepto de “resolución judicial” de acuerdo con lo establecido por el TJUE en la misma Sentencia.

La razón de esta interpretación se encuentra en el estrecho marco que ofrece el sistema de reconocimiento del Reglamento Bruselas II bis. El reconocimiento automático previsto en su art. 21 está supeditado a que el acta de divorcio quede comprendida en el concepto de “resolución judicial”. De no serlo, la aplicabilidad de su art. 46 para los “documentos públicos” y “acuerdos”, lleva a un reconocimiento limitado al efecto ejecutivo¹⁸.

¹⁸ El art. 46 del Reglamento Bruselas II bis señala que “(l)os 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”. Para un análisis de esta norma *vid.* MAGNUS, U., “Article 46”, en MAGNUS, U., MANKOWSKI, P., *European Commentaries on Private International Law*, vol. IV, *Brussels Ibis Regulation*, Otto Schmidt, Köln, 2017,

En este contexto, el objeto del TJUE es llegar a calificar como “resolución judicial” al acta de divorcio expedida por el funcionario del registro civil al ser la que permite que le sea aplicado el sistema de reconocimiento automático (art. 21.1)¹⁹. La finalidad es salvar el obstáculo con el que se enfrenta la acreditación del examen del fondo que ha de realizar esta autoridad.

Esta interpretación, a la medida del resultado pretendido en el caso concreto, es la que refleja la declaración del TJUE con la que finaliza esta Sentencia, al establecer que el art. 2.4 del Reglamento Bruselas II bis “debe interpretarse, particularmente a efectos de la aplicación del artículo 21, apartado 1, de ese Reglamento, en el sentido de que el acta de divorcio extendida por un funcionario del registro civil de 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 referido artículo 2, punto 4”.

Esta transcripción literal de la decisión permite constatar, por una parte, que, por tratarse de la respuesta a la cuestión prejudicial, afecta al caso de divorcio de mutuo acuerdo acordado por el funcionario del registro civil de un Estado miembro; y, por otra, que el elemento para considerar que el acta de divorcio que expide es una “resolución judicial”, es la declaración de los cónyuges de su consentimiento para divorciarse realizada ante dicha autoridad de acuerdo con los requisitos establecidos por la legislación del Estado miembro al que pertenece.

No obstante, este resultado de la STJUE C-646/20 viene referido al ámbito del Reglamento Bruselas II bis, motivando la necesidad de abordar su impacto en el contexto del Reglamento Bruselas II ter²⁰. En este sentido,

pp. 411-420; STAPF, B., “Article 46”, en ALTHAMER C. (ed.), *Brussels II a Rome III*, Beck, Munich, 2019, pp. 232-235.

¹⁹ HAMMJE, P., “Le divorces par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas d’un divorce sans fore”, *Revue critique de droit international privé*, núm. 2, 2017, pp. 143-158. En particular, destaca JIMÉNEZ BLANCO, P. (“La desjudicialización...”, *op. cit.*, p. 562) la exigencia mantenida por Bruselas II bis desde la perspectiva de la calificación del título, que permite explicar las “interpretaciones forzadas” que se han venido manteniendo para tratar de incluir, por una u otra vía, el reconocimiento de los acuerdos de divorcio en el contexto de este texto.

²⁰ Como señala el considerando 90 del Reglamento Bruselas II ter “(d)ebe garantizarse la continuidad entre el Convenio de 1998 (...) el Reglamento (CE) n° 1347/2000, el Reglamento (CE) n° 2201/2003 y el presente Reglamento, en la medida en que las disposiciones no se hayan modificado y a tal fin deben estable-

cabe destacar que, desde la perspectiva del sistema de reconocimiento que recoge este texto europeo, la Sentencia no presenta incidencia alguna. La causa deriva del reconocimiento automático que introduce, tanto para las “resoluciones”, como para los “documentos públicos” y los “acuerdos”. En consecuencia, su alcance queda limitado a los casos a los que resulte aplicable el Reglamento Bruselas II bis tras su derogación, el 1 de agosto de 2022, que son precisados en el art. 100.2 del Reglamento Bruselas II ter. Este precepto establece, como disposición transitoria, que el Reglamento Bruselas II bis “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”.

Ahora bien, distinto es el impacto que esta Sentencia presenta en el Reglamento Bruselas II ter desde la perspectiva de la interpretación que en ella realiza el TJUE con el objetivo de llegar a calificar al acta del funcionario del registro civil como “resolución judicial”²¹. La pérdida de relevancia del carácter decisorio de la intervención de la autoridad que, por las razones antes expuestas, resulta de esta interpretación, tiene una negativa incidencia en el Reglamento Bruselas II ter, al difuminar el contorno con el que delimita la “resolución” en su art. 2 y la distingue del “documento público”, rompiendo el esquema sobre el que este precepto articula la calificación de las distintas categorías de títulos susceptibles de reconocimiento.

3. DIVORCIO ACORDADO ANTE AUTORIDAD NOTARIAL ESPAÑOLA

El divorcio notarial se introdujo en la legislación española, como es sabido, mediante la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria,

cerse disposiciones transitorias. La misma continuidad debe aplicarse por lo que respecta a la interpretación, incluido por el Tribunal de Justicia, del Convenio Bruselas II y de los Reglamentos (CE) n° 1347/2000 y (CE) n° 2201/2003”.

²¹ Distinta es la valoración que merece la interpretación que realiza el Tribunal de Justicia sobre el concepto de “resolución judicial” mediante la que procede a la delimitación de sus presupuestos (aptdos. 46 a 57 de la Sentencia).

quedando plasmada su regulación en los arts. 82 a 90 del Código Civil (en adelante CC), así como en el art. 54 de la Ley del Notariado²².

De acuerdo con esta reglamentación, el presente apartado tiene como finalidad la delimitación del título, de entre los recogidos en el art. 2 del Reglamento Bruselas II ter, en el que queda comprendida la decisión de divorcio expedida por la autoridad notarial española. La trascendencia de esta delimitación permite mostrar, de forma paralela, la relevancia de la finalidad que ahora se pretende.

3.1. *Trascendencia de la calificación de la decisión notarial como “resolución”*

La calificación de la decisión de la autoridad extrajudicial como “resolución”, “documento público” o “acuerdo” en el contexto del art. 2 del Reglamento Bruselas II ter, tiene indudable relevancia a otros efectos diferentes del reconocimiento de la disolución del vínculo. Esta trascendencia resulta de las consecuencias que derivan de quedar comprendida esta decisión en el concepto de “resolución”, frente a las que se constatan en caso contrario. La causa se encuentra en la vinculación que presenta con el término “órgano jurisdiccional”.

La “resolución” implica que la autoridad que la expide es un “órgano jurisdiccional”. La importancia de que la autoridad extrajudicial sea consi-

²² Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria (BOE núm. 158, de 3 de julio de 2015). En virtud del aptdo. 18 de su DF 1ª, se modificaban los preceptos del CC (arts. 82 y ss.) donde quedaba regulado el divorcio notarial. Posteriormente, los arts. 82 y 90 CC han sido modificados por la Ley 8/2021, de 2 de junio, por la que se reforma la legislación civil y procesal para el apoyo a las personas con discapacidad en el ejercicio de su capacidad jurídica (BOE núm. 132, de 3 junio de 2021). Además, el art. 90 también ha sido modificado por la 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). De acuerdo con esta reglamentación, la competencia para la tramitación del divorcio de las autoridades notariales viene supeditada a determinados presupuestos. Es necesario que hubieran transcurrido al menos tres meses desde la celebración del matrimonio y no existan hijos menores de edad no emancipados o mayores respecto de los que se hubieran establecido judicialmente medidas de apoyo atribuidas a sus progenitores. La tramitación de la escritura pública requiere que los cónyuges intervieran en su otorgamiento para prestar su consentimiento ante el notario, asistidos por Letrado, presentando una propuesta de convenio regulador. Además, de existir hijos mayores de edad o menores emancipados, también habrían de prestar su consentimiento respecto a las medidas que les afecten.

derada “órgano jurisdiccional” en el contexto de Bruselas II ter se constata por diversas razones.

En primer lugar, en el sector de la competencia judicial internacional del mismo Reglamento. Si es “órgano jurisdiccional”, la delimitación de su competencia para conocer del divorcio tiene que realizarla de acuerdo con las normas del Capítulo II del texto europeo. Sin embargo, de no serlo, estas normas solo vinculan a la autoridad extrajudicial si se pretende que el acta de divorcio, calificada como “documento público” o “acuerdo”, sea reconocida sin tener que recurrir a procedimiento alguno (art. 64)²³.

En segundo lugar, a los efectos de la determinación de la Ley aplicable al divorcio de acuerdo con el Reglamento Roma III²⁴. La competencia de la autoridad que, como “órgano jurisdiccional”, le viniera atribuida de acuerdo con las normas del Reglamento Bruselas II ter, es determinante para que también quede comprendida en el concepto de “órgano jurisdiccional” que introduce el Reglamento Roma III en su art. 3.²⁵ Si la autoridad extrajudicial es “órgano jurisdiccional” en el primero, lo es también a los efectos de la aplicación del segundo y, por lo tanto, queda vinculada por sus normas conflictuales para determinar la Ley aplicable al divorcio.

En tercer lugar, la importancia de que la autoridad extrajudicial sea “órgano jurisdiccional” en Bruselas II ter presenta especial incidencia en el supuesto en el que, como ocurre en el divorcio notarial español, el acuerdo de divorcio comprenda, además de la disolución del vínculo matrimonial, otras cuestiones vinculadas al divorcio.

La escritura pública de la autoridad notarial española viene referida a la disolución del vínculo matrimonial, así como al convenio regulador acordado por los cónyuges. De acuerdo con el art. 90.1 del CC que recoge el contenido de este convenio regulador, delimitado de acuerdo con los presupuestos del divorcio notarial, las materias que puede comprender son las relativas a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial

²³ *Vid. Supra*, apartado II.1.

²⁴ Reglamento (UE) 1259/2010 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. DOUE L 343, de 29 de diciembre de 2010.

²⁵ La definición de “órgano jurisdiccional” que este precepto aporta, como cualquier autoridad de los Estados miembros participantes, sea judicial o no, que tenga competencia para la disolución del vínculo matrimonial, está directamente incidida por la que resulta del Reglamento Bruselas II ter.

y, en su caso, la pensión compensatoria que acordaran los cónyuges a favor de uno de ellos.

Estos aspectos vinculados al divorcio motivan el planteamiento de la aplicación de los textos europeos en los que respectivamente se comprenden, esto es, el Reglamento 2016/1103²⁶, en lo que respecta al régimen económico matrimonial, y el Reglamento 4/2009 en relación a la pensión compensatoria²⁷. Pues bien, la respuesta sobre la operatividad de ambos Reglamentos viene determinada por la consideración de la autoridad notarial española como “órgano jurisdiccional” en el contexto de Bruselas II ter. De serlo, su competencia para conocer de las materias que comprende el convenio regulador deriva de los preceptos que estos textos recogen con el objeto de evitar la dispersión del pleito. Concretamente, de acuerdo con lo previsto en el art. 5.1 del Reglamento 2016/1103 y en el art. 3 c) del Reglamento 4/2009, la competencia para conocer, respectivamente, de la disolución del régimen económico matrimonial y de la pensión compensatoria cuando se presentan como cuestiones vinculadas a un divorcio, viene atribuida a los mismos “órganos jurisdiccionales” que, de acuerdo con los foros del Reglamento Bruselas II ter, sean los competentes para este divorcio. Quiere decir, y esto es lo relevante, que a los efectos de la extensión de la competencia que introducen estos preceptos, lo decisivo es que el notario español quede comprendido en el concepto de “órgano jurisdiccional” del Reglamento Bruselas II ter. En este caso tiene competencia para decidir sobre las cuestiones vinculadas que se integran en el convenio regulador, con independencia de que quede (o no) comprendido en el concepto de

²⁶ Reglamento (UE) 2016/1103 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. DOUE L 183, de 8 de julio de 2016. Este Reglamento comenzaba su aplicabilidad el 29 de enero de 2019 (art. 70.2).

²⁷ Reglamento (CE) 4/2009 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. DOUE L 7, de 10 de enero de 2009. La pensión compensatoria queda comprendida en el concepto de “obligaciones de alimentos” de acuerdo con la amplia definición que resulta de la interpretación autónoma realizada por el TJUE, al entender que comprende las prestaciones compensatorias o indemnizatorias entre “ex cónyuges” en la medida en que no tengan por objeto el reparto de los bienes, ni sean una liquidación de bienes propia del régimen económico. SSTJCE de 27 de febrero de 1997, C-220/95, *Van den Boogaard* (ECLI:EU:C:1997:91) y de 6 de marzo de 1980, C-120/79, *De Cavel II* (ECLI:EU:C:1980:70).

“órgano jurisdiccional” de cada uno de estos Reglamentos²⁸. El resultado es que impide la dispersión del pleito²⁹. Queda excluida así la aplicación de las normas de la LOPJ, lo que implica que la autoridad notarial actúa del mismo modo que lo haría la autoridad judicial de conocer la misma situación de divorcio. Una identidad importante si se considera que, ante la ausencia de autorización notarial de la escritura pública, queda abierta la vía judicial³⁰.

Por el contrario, de no ser “órgano jurisdiccional” en Bruselas II ter, la aplicación de las normas de competencia de estos Reglamentos exigiría considerar si el notario español es órgano jurisdiccional de acuerdo con el concepto que cada uno de ellos aporta³¹. En este caso nos encontramos

²⁸ En este sentido se muestra JIMÉNEZ BLANCO, P., “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos...”, *op. cit.*, pp. 121-162; *Id. Regímenes Económicos Matrimoniales Transfronterizos. Un estudio del Reglamento (UE) N° 2016/1103*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 318-319; GONZÁLEZ BEILFUSS, C., “El divorcio notarial...”, *op. cit.*, pp. 347 ss; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a A., “Autoridad notarial española y divorcio transfronterizo. Particularidades y cuestiones que plantea la aplicación de los Reglamentos europeos”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XXII, 2022, pp. 269-299.

²⁹ El propio Reglamento Bruselas II ter refleja la preocupación por esta posible dispersión al recordar la vía de la accesoria para evitarla. Este es el sentido de su considerando 13 cuando indica que “(...) los órganos jurisdiccionales competentes en materia matrimonial en virtud del presente Reglamento deben, como regla general, tener competencia para pronunciarse sobre las obligaciones de alimentos accesorias entre cónyuges y excónyuges en aplicación de lo dispuesto en el artículo 3, letra c), de dicho Reglamento”.

³⁰ Como señala De Miguel Asensio, resulta razonable que la LJV no incluya una regulación específica y diferenciada de la competencia internacional para conocer de los expedientes de jurisdicción voluntaria, evitando un fraccionamiento innecesario de la regulación de la competencia judicial internacional. “Un expediente de jurisdicción voluntaria y un proceso jurisdiccional (posterior) pueden recaer exactamente sobre el mismo objeto, resultando apropiado que las reglas de competencia internacional sean en principio coincidentes”. DE MIGUEL ASENSIO, P.A., “Ley de la Jurisdicción Voluntaria y Derecho internacional privado”, *Anuario español de Derecho internacional privado*, t. XVI, 2016, pp. 147-197 (pp. 153-154).

³¹ Este concepto se recoge en el art. 3.2 del Reglamento 2016/1103 y en el art. 2.2 del Reglamento 4/2009. La vinculación que introducen entre la definición de “órgano jurisdiccional” y el ejercicio de la “función jurisdiccional” exige la calificación funcional de la actividad de la autoridad notarial española. Señala Rodríguez Benot que “para integrar el supuesto de hecho del artículo 3.2 del Reglamento 2016/1103, lo relevante es el ejercicio -directo o delegado- de potestad jurisdiccional por parte de la autoridad estatal, con independencia de su denominación

con el problema que, en el contexto del Reglamento 2016/1103, deriva de la Comunicación de España mediante la que excluye a los notarios del concepto de “órgano jurisdiccional” de este texto³². Con independencia de la negativa valoración que merece, lo que ahora interesa es su resultado, al ser la causa de que la determinación de la competencia de la autoridad notarial española habría de realizarse de acuerdo con la LOPJ y, si no se la atribuye, la dispersión del pleito es la consecuencia³³.

o naturaleza”. RODRÍGUEZ BENOT, A., “Los efectos patrimoniales de los matrimonios y de las uniones registradas en la Unión Europea”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 11, núm. 1, 2019, pp. 8-50 (p. 31). En esta delimitación radica la dificultad de aportar una respuesta concluyente, como refleja la diversidad de las posturas doctrinales. Un análisis de las mismas, así como de la determinación de la competencia de los aspectos comprendidos en el convenio regulador de acuerdo con los foros por accesividad de los Reglamentos 2016/1103 y 4/2009, en SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M. Á., “Autoridad notarial española...”, *op. cit.*, pp. 269-299 (en esp., pp. 284-293).

³² Esta Comunicación es realizada en cumplimiento de lo establecido en los arts. 3.2.2º y 65.1 del Reglamento 2016/1103 y señala que “(e)n España no existen autoridades con las características y alcance del art. 3.2 en el ámbito de aplicación de este Reglamento”. Sin embargo, con carácter previo a esta Comunicación, todo hacía apuntar, como señalaba Quinzá Redondo que, “por parte de España, serían incluidos en el concepto de órgano jurisdiccional a los notarios, ya que conforme a la Ley de jurisdicción voluntaria pueden tener competencia para la separación y divorcio y, extensivamente, para la liquidación del régimen económico matrimonial como parte del convenio regulador; no así cuando se acuda al notario a otorgar capitulaciones matrimoniales, pues en este caso no estará ejerciendo funciones jurisdiccionales”. QUINZÁ REDONDO, P., “La unificación –fragmentada– del Derecho internacional privado de la Unión Europea en materia de régimen económico matrimonial: el Reglamento 2016/1103”, *Revista General de Derecho europeo*, núm. 41, 2017, pp. 180-222 (pp. 189-190).

³³ En este sentido, Rueda Valdivia considera que el notario español no ejerce “función jurisdiccional”, razón por la que tiene que aplicar el art. 22 LOPJ para la delimitación de su competencia judicial internacional, motivo por el que finaliza destacando “las negativas consecuencias que se derivan en el plano competencial que conducen a resultados desconcertantes”. RUEDA VALDIVIA, R., “Plurinacionalidad y régimen económico matrimonial en Derecho Internacional privado español” en MOYA ESCUDERO M. (Dir.), *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado de Familia y Sucesiones*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, pp. 334-401 (pp. 338-340 y p. 367 nota 32). La necesidad de aplicar el art. 22 de la LOPJ es también defendida por MARCHAL ESCALONA N., “El tratamiento de la plurinacionalidad en el Divorcio no judicial”, en MOYA ESCUDERO, M., (Dir.), *Plurinacionalidad y Derecho Internacional Privado...*, *op. cit.*, pp. 450-512 (p. 464),

Por otra parte, también la operatividad de estos Reglamentos muestra su relevancia por lo que respecta al reconocimiento. El limitado ámbito material del Reglamento Bruselas II ter³⁴ implica que el reconocimiento automático queda reservado a la parte de la decisión relativa a la disolución del vínculo. Los acuerdos comprendidos en el convenio regulador habrían de ser reconocidos siguiendo el sistema previsto en el Reglamento 2016/1103, para la parte referida a la liquidación del régimen económico matrimonial y del Reglamento 4/2009, para la relativa a la pensión compensatoria que, en su caso, hubiera sido acordada. En este marco también es esencial la calificación como “resolución” de la decisión de la autoridad notarial española. La causa deriva de la inexistencia en estos Reglamentos de la equiparación del reconocimiento automático que introduce el Reglamento Bruselas II ter. Las “resoluciones” son las que centran la reglamentación del sistema que recogen para el reconocimiento³⁵.

3.2. La Comunicación de España. El listado de autoridades competentes

Sobre la base de la trascendencia que presenta la calificación de la decisión notarial española como “resolución” que acaba de ser expuesta, se puede abordar la respuesta que viene de la Comunicación de España reali-

así como por CALVO CARAVACA, A.L., CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., *Derecho Internacional Privado*, volumen II, Comares, Granada, 18 ed., 2018, pp. 172-173.

³⁴ El Reglamento sólo se aplica a la “disolución” del matrimonio al no ocuparse, como recuerda en su considerando 9, de cuestiones tales como las causas de divorcio, las consecuencias patrimoniales del matrimonio, u otras posibles medidas accesorias.

³⁵ El problema que deriva de la novedad que introduce el Reglamento Bruselas II ter, es la ausencia de coordinación entre estos textos europeos. La unificación procedimental del sistema para el reconocimiento de las diferentes categorías de títulos, requiere ahora de la necesaria evolución paralela de los demás Reglamentos relativos a las relaciones familiares internacionales. En este sentido, ha puesto de manifiesto JIMÉNEZ BLANCO, P. (“La desjudicialización...”, *op. cit.*, p. 575) que “(l)a fragmentación del postdivorcio en los diversos Reglamentos aplicables multiplica la complejidad. Incluso podría producirse una incongruencia entre las exigencias “procedimentales” para la admisión y registro del divorcio por mutuo acuerdo con la eficacia transnacional del mismo: así ocurrirá cuando el requisito para la validez del divorcio por mutuo acuerdo exija la presentación de un convenio regulador cuya eficacia transfronteriza puede no estar asegurada. De tal modo, el acuerdo puede quedar registrado en el Estado correspondiente, pero luego sin efectos en la práctica porque no se cumplan las garantías de reconocimiento específico exigido para los otros aspectos”.

zada en cumplimiento del mandato recogido en el art.103 del Reglamento Bruselas II ter. Este precepto exige a los Estados miembros que presenten a la Comisión el listado de las autoridades competentes para expedir los certificados que recoge, siendo destacable, a los efectos que ahora interesan, lo previsto en sus letras a) y b).

El art. 103 a) se refiere a las autoridades facultadas para expedir un “documento público” con fuerza ejecutiva, así como a las autorizadas para registrar un “acuerdo”³⁶. En lo que afecta a la materia matrimonial, la Comunicación de España reconoce la competencia de las autoridades notariales para expedir estos documentos “siempre que no existan menores involucrados en el procedimiento”, mención innecesaria, ya que, en caso contrario, los presupuestos sobre los que se articula el divorcio notarial en la legislación española impedirían que pudiera conocer de su tramitación. En todo caso, lo destacable es que este precepto, de forma coherente con el art. 2 del Reglamento, no exige a los Estados miembros que indiquen los “órganos jurisdiccionales” competentes para expedir las “resoluciones”, por lo tanto, nada indica al respecto la Comunicación de España³⁷. No obstante, esta respuesta la aporta, aunque sea de forma indirecta, como consecuencia de lo previsto en la letra b) del art. 103 que, de este modo, pasa a ser el eje esencial a los efectos que ahora interesan.

Este precepto exige a los Estados miembros que indiquen las autoridades competentes para expedir el certificado previsto en el art. 36.1, relativo a la “resolución”, así como los referidos a los “documentos públicos” y los “acuerdos” de acuerdo con lo establecido en el art. 66. En este sentido la Comunicación de España señala que son competentes para emitir primeros los Letrados de la Administración de Justicia, siendo también, junto

³⁶ El art. 103 se configura por referencia a los preceptos del Reglamento que exigen esta comunicación. En este sentido, exige en la letra a) (1.ª parte) “que los Estados miembros comuniquen las autoridades públicas facultadas para expedir un documento público con fuerza ejecutiva al que se refiere el artículo 2, apartado 2, punto 2, letra b), y las autoridades públicas autorizadas para registrar un acuerdo al que se refiere el artículo 2, apartado 2, punto 3”. Al respecto, la Comunicación emitida por España responde indicando que “(e)n 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”.

³⁷ *Vid. Supra*, apartado II.1.

con los notarios, las autoridades que pueden expedir los certificados relativos a los “documentos públicos” y los “acuerdos”. El resultado de esta respuesta es evidente. Si la autoridad notarial española no puede emitir el certificado relativo a una “resolución” de divorcio, es porque no puede expedir esta categoría de título, lo que implica que no se considera que actúa como “órgano jurisdiccional” en el contexto del Reglamento Bruselas II ter. Este resultado es idéntico al que deriva de la Disposición Final 22^a de la LEC referida a las medidas para facilitar la aplicación del Reglamento Bruselas II bis, que, en lo que respecta a la certificación prevista en su art. 39 relativa a las resoluciones judiciales, señala que en materia matrimonial se expide por el Letrado de la Administración de Justicia.

Esta respuesta merece una negativa valoración. La calificación de la decisión expedida por el notario español exige atender a la reglamentación del divorcio notarial de nuestra legislación. El carácter decisorio de la función que atribuye a la autoridad notarial no deja duda de que queda comprendida en el concepto de “órgano jurisdiccional” del Reglamento Bruselas II ter y que, por lo tanto, su decisión es una “resolución” de acuerdo con su art. 2. En la tramitación del expediente, su función no se limita a protocolizar el acuerdo de divorcio de los cónyuges. No está vinculado por este acuerdo ya que, como consecuencia del control de lesividad que tiene que realizar como parte del procedimiento en virtud del art. 90.2 CC, la tramitación del expediente puede terminar otorgando la escritura pública de divorcio, o bien denegando su formalización. En este caso los cónyuges tendrían que acudir a la vía judicial³⁸.

La consideración de este argumento se encuentra en la base de la respuesta de la DGRN (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública) en la Resolución-Consulta de 7 de junio de 2016³⁹. Y es que, con carác-

³⁸ El resultado de la tramitación puede ser la autorización o denegación de la escritura pública. Como señala el art. 90.2 del CC, si el notario 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. En este caso los cónyuges sólo podrán acudir ante el Juez si pretenden la aprobación de su propuesta de convenio regulador (arts. 90.2 del CC).

³⁹ Esta Resolución vino motivada por la consulta elevada por el Colegio Notarial del País Vasco, relativa a la aplicación del Reglamento 2201/2003 por las autoridades notariales. En su respuesta señala la DGRN que “el notario es “órgano jurisdiccional” en atención a la actividad que realiza de acuerdo con la legislación nacional. En el marco del divorcio, aún de mutuo acuerdo, el notario no desempeña una pura

ter inmediato al momento en el que se introdujo el divorcio notarial por la Ley de Jurisdicción Voluntaria 15/2015, se planteaba si la autoridad notarial quedaba comprendida en el concepto de “órgano jurisdiccional” del Reglamento Bruselas II bis. La respuesta afirmativa que recoge esta Resolución, llevó a la DG a calificar a la decisión notarial como “resolución judicial”.

Todo lo anterior permite constatar la ausencia de coherencia de la Comunicación de España respecto a lo establecido por nuestra legislación. Ahora bien, la doctrina del TJUE muestra que no asume de manera automática el valor de las Comunicaciones realizadas por los Estados miembros de acuerdo con la obligación impuesta por los Reglamentos europeos. La causa se encuentra en la prevalencia de la calificación autónoma que resulta de su propia interpretación de los conceptos que estos Reglamentos incorporan, respecto a la interpretación unilateral de los Estados miembros que es, según indica, la que se encuentra en la base de la elaboración del listado de autoridades comprendido en estas Comunicaciones. Su valor es, por lo tanto, el de una mera presunción, quedando desvirtuada de no ser compatible con la interpretación del TJUE⁴⁰. Llegados a este punto, se

función documentadora de actos y contratos, sino que actúa como autoridad, debiendo denegar la aprobación del convenio regulador cuando sea gravemente perjudicial para una de las partes”. Esta misma consideración ha sido también puesta de manifiesto por la doctrina. *Vid.* DE MIGUEL ASENSIO, P., “Ley de la jurisdicción voluntaria...”, *op. cit.*, pp. 147-197; DIAGO DIAGO, P., “Divorcio notarial de nacionales ecuatorianos residentes en España: problemática y vías de solución”, *Bitácora Millennium DIPr*, 2017, pp. 1-4; GONZALEZ BEILFUSS, C., “El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado”, *op. cit.*, pp. 347-363; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J., “El Notariado y los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado: hacia un espacio notarial europeo”, *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo XVII, 2016/2017, pp. 189-232., *Id.*, “Divorcio internacional y actividad notarial”, *Familia y sucesiones: Cuaderno jurídico*, núm. 124, 2018, pp. 15-28; JIMÉNEZ BLANCO, P., “El concepto de “órgano jurisdiccional” en los Reglamentos europeos...”, *op. cit.*, pp. 121-162; MARCHAL ESCALONA, N., “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *Cuadernos de Derecho Transnacional*, vol. 13, núm. 1, 2021, pp. 460-492; SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a. Á., “Autoridad notarial española...”, *op. cit.*, pp. 269-299.

⁴⁰ En este sentido las SSTJUE de 23 mayo 2019, C-658/17, *WB* (ECLI:EU:C:2019:444) y 16 de julio de 2020, C-80/19, *E.E* (ECLI:EU:C:2020:569). Un amplio análisis crítico sobre la interpretación que la primera de ellas realiza de la “función jurisdiccional” en el ámbito del Reglamento de sucesiones es abordado por REQUEJO ISIDRO, M., “El artículo 3, apartado 2, del Reglamento n^o 650/2012: Autoridades no judiciales y otros profesionales del Derecho”, *Revista electrónica de estudios internacionales*, núm. 39, 2020, pp. 1-26.

puede entender la trascendencia de la cuestión prejudicial planteada por los tribunales alemanes que de inmediato se aborda.

3.3. *La cuestión prejudicial C-304/22. Calificación de la decisión de la autoridad notarial española*

Las dudas sobre la calificación de la decisión de divorcio de la autoridad notarial española motivaron el planteamiento por los tribunales alemanes (Kammergericht Berlin) de la cuestión prejudicial, presentada el 10 de mayo de 2022, en el asunto C-304/22⁴¹, en la que preguntan al TJUE si, en el supuesto del divorcio notarial regulado en la legislación española (arts. 82, 87, 89 y 90 del CC) existe una “resolución judicial” relativa al divorcio a los efectos del Reglamento Bruselas II bis y, para el caso de respuesta negativa, si el tratamiento de este supuesto ha de ser el previsto en el art. 46 para los “documentos públicos” y “acuerdos”. La coincidencia de estas cuestiones con las planteadas por estos mismos tribunales respecto al divorcio acordado por el encargado del registro civil italiano, motiva la necesaria consideración de la STJUE C-646/20 que las resuelve. De acuerdo con el análisis que de esta Sentencia ha quedado expuesto cabe destacar que su relevancia radica en la interpretación que realiza el Tribunal de Justicia, por cuanto permite sustentar que la decisión relativa al divorcio acordada por el notario español es una “resolución judicial”. En primer lugar, porque los elementos que en esta Sentencia delimita como base del concepto de “resolución judicial” se constatan en el divorcio notarial español. Nuestra legislación atribuye competencia al notario para conocer del divorcio de mutuo acuerdo y su función muestra el carácter decisorio de su intervención como consecuencia del control de legalidad y lesividad que tiene que realizar en la tramitación de la escritura pública. En segundo lugar, si se atiende a la declaración de la Sentencia, por cuanto la intervención del notario español tiene mayor amplitud que la exigida por el TJUE para calificar como “resolución judicial” al acta de divorcio del encargado del registro civil de un Estado miembro, al vincularla al mero hecho de que los cónyuges declaren su voluntad de divorciarse ante esta autoridad.

Estos aspectos permiten entender las expectativas generadas por la Sentencia C-646/20 al permitir considerar que la respuesta del TJUE a la cues-

⁴¹ Petición de decisión prejudicial planteada por el *Kammergericht* Berlin (Alemania) el 10 de mayo de 2022 — PM / *Senatsverwaltung für Justiz, Vielfalt und Antidiskriminierung*. DO C 318, de 22 de agosto de 2022.

ción prejudicial planteada en el asunto C-304/22 llevaría a la calificación como “resolución” de la decisión notarial española⁴². Sin embargo, no se ha estimado necesaria esta respuesta expresa. La STJUE C-646/20 se ha entendido suficientemente clarificadora como para motivar la retirada de esta cuestión prejudicial. Se trata de la muestra de que los tribunales alemanes han considerado extrapolable la respuesta ofrecida por el TJUE en esta Sentencia a las preguntas planteadas en la cuestión prejudicial que retiran. Han entendido que este pronunciamiento supone el reconocimiento implícito de que la decisión de divorcio del notario español es una “resolución” y como tal ha de circular en el ámbito europeo.

No cabe duda de la incidencia que presenta STJUE C-646/20 en esta respuesta y con ella, en el listado de autoridades que recoge la Comunicación de España, cuyo valor como presunción cabe entender desvirtuado. No obstante, este resultado no debe restar importancia a la necesaria modificación de esta Comunicación para dejar constancia de que los notarios pueden expedir el certificado propio de las resoluciones en materia matrimonial. En el mismo sentido, también habría de ser modificada nuestra legislación interna para superar lo que establece la Disposición Final 22^a de la LEC. Esta doble modificación es relevante como garantía para evitar cualquier incertidumbre. En este sentido, sin restar importancia al alcance que presenta la retirada por los tribunales alemanes de la cuestión prejudicial C-304/22, lo cierto es que un pronunciamiento expreso del Tribunal de Justicia hubiera sido más eficiente por el directo impulso que a los efectos de tales modificaciones hubiera presentado. Además, este pronunciamiento hubiera supuesto el reconocimiento explícito de que la autoridad notarial española actúa como “órgano jurisdiccional”, ya que, de otro modo su decisión no podría calificarse como “resolución”, lo que hubiera presentado indudable relevancia por las consecuencias derivadas de quedar comprendida en este término. Su impacto, además, hubiera tenido mayor alcance que el de la STJUE C-646/20 ya que, a diferencia de lo que ocurre en la Comunicación de España y en la norma de la LEC (DF 22^a), el derecho italiano y, como consecuencia, la Comunicación de Italia realizada conforme al art. 103, incluye al encargado del registro civil como autoridad que puede emitir el certificado relativo a las “resoluciones” en materia matrimonial⁴³.

⁴² SÁNCHEZ JIMÉNEZ, M^a A., “Calificación del acta de divorcio...”, *op. cit.*, pp. 1-18.

⁴³ De acuerdo con el ordenamiento italiano el funcionario del registro civil es autoridad competente para emitir el certificado al que se refiere el artículo 39 del Reglamento Bruselas II bis (Circular del Ministero della Giustizia (Ministerio de Justicia, Italia), de 22 de mayo de 2018, sobre el Decreto-Ley núm. 132/2014). En

4. CONCLUSIONES

El presente trabajo ha mostrado la trascendencia que presenta la calificación de la decisión de la autoridad notarial española como “resolución” entre las distintas categorías de títulos que recoge y define el art. 2 del Reglamento Bruselas II ter. Esta calificación implica que esta autoridad extrajudicial actúa como “órgano jurisdiccional”, quedando comprendida en este término que delimita el mismo precepto del texto europeo. Aquí radica la relevancia, paralela a la que presentan las consecuencias que han sido objeto de específica consideración en el presente estudio. Su análisis ha permitido mostrar que la importancia del resultado presenta mayor alcance cuando el acuerdo extrajudicial, como ocurre en el divorcio ante notario español, viene referido, no sólo a la disolución del vínculo, sino también a otras cuestiones vinculadas al divorcio, como son las comprendidas en el convenio regulador que tienen que presentar los cónyuges y ha de ser aprobado en la escritura pública.

En este escenario se enmarca la desacertada Comunicación de España a la Comisión realizada en virtud de lo exigido por el art. 103 del Reglamento Bruselas II ter, por cuanto no incluye a los notarios entre las autoridades que pueden expedir el certificado previsto en el art. 36.1 relativo a la “resolución” respecto a una decisión referida a la materia matrimonial. Su negativa valoración es el resultado de la ausencia de coherencia con lo establecido en la legislación española (arts. 82 y ss. del CC). Este es el motivo de las expectativas generadas en su modificación, cuya respuesta ha dado comienzo.

En el momento actual se ha iniciado el giro hacia el esperado cambio. El primer paso ha sido la retirada de la cuestión prejudicial presentada por los tribunales alemanes el 10 de mayo de 2022, en el asunto C-304/22. Su relevancia deriva del motivo que la ha provocado, al ser la consecuencia de la interpretación realizada por el TJUE en la Sentencia C-646/20. La razón es que esta interpretación permite sustentar que la decisión de la autoridad notarial española es una “resolución judicial”. Este reconocimiento implícito que cabe derivar de este pronunciamiento es la primera clave del cambio, por cuanto afecta al valor que, como simple presunción, presentan las

el mismo sentido, la Comunicación italiana de acuerdo con el art. 103 del Reglamento Bruselas II ter indica, respecto al listado de autoridades al que se refiere la letra b) de este precepto, que los funcionarios del registro civil (*ufficiale di stato civile*) son competentes (entre otros), para expedir el certificado de las resoluciones de acuerdo con el art. 36.1.

Comunicaciones de los Estados miembros. En particular implica que, en el caso de la Comunicación de España, este valor ha quedado desvirtuado.

Ahora bien, el logro de este primer paso, en cuanto significa que las autoridades notariales españolas pueden expedir una “resolución” de divorcio, no puede ocultar la necesidad de ascender un segundo escalón. El reconocimiento formal del alcance de la intervención de la autoridad notarial en el contexto del Reglamento Bruselas II ter como “órgano jurisdiccional”, exige la modificación de la Comunicación de España. En todo caso, este paso necesario habría de ir acompañado de la definitiva superación de lo establecido en la Disposición Final 22ª de la LEC. En este sentido es destacable el impacto que podría venir a través de la nueva norma de desarrollo para facilitar la aplicación del Reglamento Bruselas II ter. Estas expectativas del cambio son las que configuran el horizonte que, por vislumbrarse despejado, habría de ser alcanzado de forma inminente.