

# La desjudicialización del divorcio en la Unión Europea y su impacto en los Reglamentos europeos\*

## The non-judicial divorces in the European Union and its impact on European Regulations

PILAR JIMÉNEZ BLANCO

*Catedrática de Derecho internacional privado  
Universidad de Oviedo*

Recibido: 29.06.2022 / Aceptado: 04.07.2022

DOI: 10.20318/cdt.2022.7195

**Resumen:** La progresiva aparición de divorcios no judiciales en la UE tiene un impacto directo en los Reglamentos europeos sobre familia. En particular, el Reglamento (UE) n° 2019/1111 regula, por primera vez, el reconocimiento de acuerdos privados registrados, equiparándolo en su tratamiento a las resoluciones judiciales. Con ello, se simplifica el reconocimiento, pero se abren dudas respecto a la aplicación de los criterios de competencia y respecto a la ley aplicable. Es necesario evitar el turismo de divorcios y garantizar el control sobre el consentimiento. Al mismo tiempo, se examinan los problemas de coordinación con el resto de Reglamentos, en relación con la eficacia respecto a la responsabilidad parental, los alimentos o el régimen económico matrimonial. El riesgo vendrá por los divorcios con eficacia transfronteriza solo parcialmente.

**Palabras clave:** Divorcios privados. Reglamento (UE) 2019/1111. Órgano jurisdiccional. Notarios. Órganos administrativos. Reconocimiento transfronterizo.

**Abstract:** The progressive appearance of non-judicial divorces in the EU has a direct impact on European Family Regulations. In particular, Regulation (EU) No. 2019/1111 regulates, for the first time, the recognition of registered private agreements, equating it in its treatment to judicial resolutions. With this, recognition is simplified, but doubts are raised regarding the application of the rules of jurisdiction and regarding the applicable law. It is necessary to prevent divorce tourism and ensure control over consent. At the same time, the problems of coordination with the rest of the Regulations are examined, in relation to the effectiveness with respect to parental responsibility, maintenance obligations or the matrimonial economic regime. The risk will come from cross-border divorces only partially effective.

**Keywords:** Non-judicial divorces. Regulation (EU) No. 2019/1111.- Court- Notary. Administrative bodies. Cross-border recognition.

**Sumario:** I. Contexto de la desjudicialización del divorcio. 1. Planteamiento general en los Reglamentos europeos. 2. Planteamiento en relación con los divorcios. II. Perspectiva del reconocimiento: la incorporación de los divorcios sin juez. 1. La equiparación resoluciones judiciales-documentos públicos-acuerdos registrados. 2. Condiciones del reconocimiento. III. Perspectiva de la competencia internacional: las técnicas procesales en modelos no judicializados. 1. La vinculación indirecta a las reglas de competencia. 2. Los problemas de aplicación de la competencia en un mode-

---

\* Este trabajo se ha realizado en el marco del Proyecto de I+D+i PID2021-123452OB-I00 (GENDERMOB) del Programa estatal de Generación del Conocimiento, financiado por el Ministerio de Economía e Innovación.

lo no judicialista. IV. Perspectiva de la ley aplicable: el alcance del control en origen. 1. La inclusión de los divorcios sin juez en Roma III. 2. Función de la ley aplicable en los modelos no judicializados. V. Problemas en relación con los efectos del divorcio. 1. Acuerdos sobre responsabilidad parental. 2. Acuerdos sobre alimentos. 3. Acuerdos sobre régimen económico matrimonial. VI. Conclusiones.

## I. Contexto de la desjudicialización del divorcio

### 1. Planteamiento general en los Reglamentos europeos

1. En los últimos años, el fenómeno de la desjudicialización en determinados ámbitos del Derecho de familia y sucesiones es ampliamente conocido en Derecho comparado. Optamos por el término “desjudicialización” asumiendo la imprecisión desde una perspectiva dogmática, pero con mucha fuerza descriptiva de un fenómeno que comenzó con una “delegación” o “descentralización” de la función jurisdiccional inicialmente atribuida a los jueces y que está derivando en una verdadera “contractualización” de las relaciones jurídicas familiares, donde el poder decisor lo asumen las partes. La primera vertiente se ha ido manifestando en la progresiva asunción de competencias por parte de otros funcionarios de la Administración de Justicia (como los Letrados de la Administración de Justicia), de la Administración General (como las autoridades administrativas en protección menores), por notarios o encargados del registro (en divorcios o sucesiones) o, incluso, por otros profesionales (como los abogados, en divorcios). Razones de economía procesal y organizativas hace que la intervención de un juez (en sentido formal) se vaya reservando para la resolución de litigios contenciosos, buscando formas más flexibles cuando no hay litigiosidad (mutuos acuerdos) o esta es de baja intensidad. La segunda vertiente – la de la contractualización – supone un reconocimiento expreso a la eficacia directa a los acuerdos privados de las partes, equiparando su tratamiento a los de una resolución judicial y en los que la autoridad interviniente – el encargado del registro, por ejemplo – lo hace con una función meramente homologadora. Será esta vertiente, que se manifiesta en diversos modelos no judicialistas de divorcio en Francia o Italia, la que merecerá nuestra especial atención en este trabajo.

2. El impacto de este fenómeno se ha dejado sentir de “abajo hacia arriba”, es decir, desde los Derechos nacionales a los Reglamentos europeos, en una evolución que es constatable con la progresiva ampliación del concepto “órgano jurisdiccional” o “tribunal” en los Reglamentos de familia y sucesiones incorporando a las diferentes autoridades o profesionales que desarrollen su actividad en el ámbito del Reglamento respectivo. Esa ampliación del criterio de órgano jurisdiccional se ha realizado elevando y equiparando al resto de profesionales a la categoría de “juez” a los efectos de los Reglamentos respectivos, sin que sea ni siquiera necesario que se trate de autoridades públicas, como no lo son los notarios desde la perspectiva de la UE. Lo determinante no es ya “quién” interviene sino “cómo” interviene. La finalidad primigenia y esencial de las normas europeas es facilitar la libre circulación de resoluciones judiciales a través del reconocimiento; en consecuencia, su atención normativa se centra en la actividad dirigida a dictar una “resolución judicial”. Interpretados los Reglamentos en esta clave, su regulación sobre competencia judicial internacional y, en su caso, sobre ley aplicable, es accesoria y auxiliar respecto al reconocimiento.

En el contexto descrito, identificar cuándo estamos ante una verdadera “resolución judicial” se convierte, por tanto, en esencial. Para ello más que recurrir a la titulación formal del interviniente se han venido utilizando parámetros basados en el acto resultante. Primero, debe responder al ejercicio de una función jurisdiccional, propia o por delegación, o de una actuación bajo el control de un órgano judicial, aspecto que, en sí mismo, no es definitorio porque el sometimiento a este control es inherente al principio de legalidad imperante para toda actividad. Adicionalmente, es necesario el cumplimiento de unas exigencias procesales - imparcialidad del órgano y audiencia bilateral de las partes - y materiales – ejercicio de una facultad de apreciación y decisora - para caracterizar el acto resultante como resolución<sup>1</sup>.

<sup>1</sup> Vid. P. JIMÉNEZ BLANCO, “El concepto de ‘órgano jurisdiccional’ en los Reglamentos europeos de Derecho internacional privado”, *AEDIP*; Vol. XIX-XX, 2019-2020, pp. 121 y ss.

En definitiva, a los efectos del Reglamento cualquier autoridad, funcionario o profesional puede ser órgano jurisdiccional si el ordenamiento jurídico le dota de la competencia para dictar una “decisión” en una materia. La 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. El reverso de esta construcción supone que una actividad meramente homologadora de actos esencialmente privados no implica una resolución judicial; lo mismo podría decirse de los acuerdos alcanzados mediante una mediación extrajudicial. En estos casos, su eficacia exige incorporación a una transacción judicial o a un documento público, si reúnen las condiciones establecidas para ello<sup>2</sup>. 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.

## 2. Planteamiento en relación con los divorcios

3. El Reglamento Bruselas II bis<sup>3</sup> partió de una concepción amplia de órgano jurisdiccional, incluyendo al juez o autoridad con competencias equivalentes a las del juez en las materias reguladas por el presente Reglamento (art. 2.1). No existe una enumeración de quiénes ostentan tal cualidad conforme a los Derechos nacionales, ni se prevé una comunicación a la Comisión Europea de un listado en relación con este punto<sup>4</sup>. Ello ha permitido entender incluidos no solo a jueces, sino también a notarios o autoridades administrativas que, sobre todo en materia de menores, dictan resoluciones sobre responsabilidad parental<sup>5</sup>. En relación con las crisis matrimoniales, la identificación de la función jurisdiccional es relativamente sencilla a partir del ámbito material del Reglamento: las decisiones de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial<sup>6</sup>. En ese contexto, ya se había manifestado que los notarios españoles, cuando divorcian, son órgano jurisdiccional y dictan resoluciones judiciales; a tal efecto, deberían poder emitir las certificaciones correspondientes del art. 39 Bruselas II bis, a pesar de que no venir así recogido en la Disposición Final 22ª LEC<sup>7</sup>. Al mismo resultado habría que llegar con el art. 3.2 del Reglamento Roma III<sup>8</sup>, en relación con el considerando 13 de su Prámbulo, que aboga por una interpretación coherente con

---

<sup>2</sup> Para el ámbito de los acuerdos de mediación en el ámbito comercial, la Convención de Singapur sobre la Mediación abre la vía a una eficacia directa a tales acuerdos. *Vid.* la Convención de las Naciones Unidas sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Nueva York, 2018), ya vigente para varios países, aunque de momento no ha sido firmado por la UE. El texto y su situación actual puede consultarse en <https://uncitral.un.org>. Sobre la misma, *vid.* A. ESPINIELLA MENÉNDEZ, “La Convención de Singapur sobre mediación comercial internacional”, *La Ley Mediación y Arbitraje*, nº 1, enero-marzo 2020, 1 de abril de 2020.

<sup>3</sup> Reglamento (UE) 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, *D.O.U.E.* núm. L 178, 2-VII-2019.

<sup>4</sup> El listado previsto en el art. 68 del Reglamento solo es en relación con los órganos encargados del reconocimiento o ejecución y sus correspondientes recursos.

<sup>5</sup> *Vid.* W. PINTENS, en U. MAGNUS y P. MANKOWSKI, *European Commentaries on Private International Law (Brussels IIbis Regulation)*, Vol. IV, München, Dr. Otto Schmidt, 2017, p. 83.

<sup>6</sup> Interpretación amplia que ya se encontraba en el art. 1 del Convenio de La Haya, de 1 de junio de 1970, sobre reconocimiento de resoluciones de divorcio y separación judicial, que establecía su aplicación al reconocimiento de los divorcios y de las separaciones legales que se hayan obtenido en otro Estado contratante como consecuencia de un procedimiento judicial “*u otro oficialmente reconocido en este último*” y que produzca efectos legales en el mismo.

<sup>7</sup> La certificación del art. 39, conforme a la DF 22ª, apdo. 1 LEC, solo puede emitirla el “secretario judicial”, descoordinación que ya había criticada C. GONZÁLEZ BEILFUSS [“El divorcio notarial: cuestiones de Derecho internacional privado”, en E. PÉREZ VERA y otros (eds.), *El Derecho internacional privado entre la tradición y la innovación (Libro homenaje a José María Espinar Vicente)*, Madrid, Iprolex, 2020, pp. 347 y ss., pp. 362-363]. Sin embargo, la DGRN (actual Dirección General de Seguridad Jurídica y Fe Pública), en Resolución en consulta de 7 de junio de 2016, ha incluido a los notarios como “órgano jurisdiccional” a los efectos del Reglamento (*vid.* la referencia en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *ibid.*, p. 351).

<sup>8</sup> Reglamento (UE) n.º 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, *D.O.U.E.* núm. L 343, 29-XII-10.

Bruselas II bis. Por su parte, con el nuevo Reglamento Bruselas II ter<sup>9</sup>, desaparece la definición de “Juez” de Bruselas II bis, pero se mantiene la misma concepción amplia de “órgano jurisdiccional”. La modificación trascendental de Bruselas II ter va a por otro lado, como vamos a ver seguidamente.

A los efectos de Bruselas II bis es irrelevante que haya mutuo acuerdo o no para el divorcio, pero es preceptiva la intervención constitutiva de una autoridad para que sigamos hablando de “decisión” sinónimo de resolución dictada de divorcio<sup>10</sup>. Así lo confirma el Considerando 14 del Reglamento, al indicar que una resolución lleva inherente un acto de aprobación después de haber examinado su fondo conformidad con el Derecho y los procedimientos nacionales. Una intervención de autoridad no decisora dará lugar a documentos públicos. Al margen, estarán los acuerdos a los que se refiere el art. 46 del Reglamento, que ni siquiera se definieron en el mismo pero que deben identificarse por exclusión de las categorías anteriores. Y es en este ámbito donde surgía un problema de delimitación entre una resolución judicial de divorcio y los acuerdos de divorcio entre cónyuges que queden meramente incorporados en un documento o en un registro, dando lugar a lo que genéricamente se han denominado como divorcios privados.

4. De todo ello, se podía derivar una clasificación<sup>11</sup> a partir de tres supuestos de divorcio: divorcios en los que una autoridad no judicial interviene en una función decisora; divorcios en los que una autoridad no judicial interviene como mera fedataria; y divorcios privados, basados en un mero acuerdo entre los cónyuges, sin intervención de autoridad. En el marco de Bruselas II bis y Roma III solo estarían contemplados los dos primeros, que darían lugar, respectivamente, a una resolución dictada por un notario o a un documento público emitido por un notario. El tercer supuesto parece excluido de su ámbito y claramente se expresó así por el TJUE en el asunto *Sahyouni*<sup>12</sup>. Sin embargo, Bruselas II ter amplía el catálogo para incluir, en su art. 65, al divorcio establecido a partir de un acuerdo privado registrado cuando esté dotado de verdadera fuerza vinculante en el Estado de origen.

5. Entre los diferentes modelos de Derecho comparado que incorporan este tipo de divorcios, podemos citar los Derechos francés, italiano y portugués, que tienen en común desjudicializar el divorcio, aunque difieren en su tratamiento<sup>13</sup>.

<sup>9</sup> Reglamento (UE) 2019/1111, 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), *D.O.U.E.* núm. L 178, de 2-VII-2019.

<sup>10</sup> En el marco de los divorcios, se ha asimilado la función constitutiva a la función jurisdiccional (cf. A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho internacional privado*, Vol. II, 18ª ed., Granada, Comares, 2018, p. 254); TH. RAUSCHER (en TH. RAUSCHER, Vol. IV, 4ª ed., 2015, p. 50); D. HENRICH, “Neues zu Privatscheidungen innerhalb und außerhalb der EU”, *IPRax*, 2022, nº 1, pp. 37 y ss. Se suscita aquí la duda sobre si un registro constitutivo implica que el encargado del mismo sea considerado autoridad a estos efectos (vid. A. GANDÍA SELLENS y C. ZIMMER, “Los divorcios privados y el Reglamento Roma III – Reflexiones a la luz de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, *Sahyouni c. Mamish*”, en *Bitácora Millenium DIP*; 2018, nº 8, p. 10).

<sup>11</sup> Vid. en A.L. CALVO CARAVACA y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. cit.*, p. 305.

<sup>12</sup> STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16: *Sahyouni*, ECLI:EU:C:2017:988. En dicho asunto, el TJUE rechazó la aplicación de Roma III a un divorcio privado islámico basado en una declaración de voluntad unilateral del marido formulada ante autoridad religiosa en Siria. Además del citado comentario de A. GANDÍA SELLENS y C. ZIMMER (*loc.cit.*), pueden mencionarse otros comentarios como los de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, “*Sahyouni* más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16)”, en M.V. CUARTERO RUBIO (coord.) “Crónica de Derecho Internacional Privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 35, 2018, pp. 15-20; P. DIAGO DIAGO, “Inclusión de los “divorcios privados” en el ámbito de aplicación material del Reglamento 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010”, *La Ley Unión Europea*, núm. 58, 30 de abril de 2018; C.AZCÁRRAGA MONZONIS y P. QUINZÁ REDONDO, “Comentario del Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016 en el asunto C-281/15”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia civil*, núm. 102, pp. 549-562; C.M. CAAMIÑA DOMÍNGUEZ, “Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer Estado: asunto C-281/15 *Soha Sahyouni y Raja Mamisch*”, *CDT*, vol. 9, 2017, núm. 2, pp. 629-634.

<sup>13</sup> Otros países de la UE, también se han ido acogiendo a modalidades de divorcio notarial, como Grecia que lo incorporó a los arts. 1438 y 1441 de su Código civil, con la reforma operada por la Ley 4509/2017. Para un estudio de Derecho comparado más amplio, vid. N. MARCHAL ESCALONA, “La eficacia en España de los divorcios extrajudiciales otorgados en el extranjero”, *CDT*, vol. 13, 2021, nº 1, pp. 460 y ss.

El divorcio por mutuo consentimiento del art. 229 del *Code civil* francés parte de un acuerdo privado de los cónyuges, con asesoramiento de abogados, que se protocoliza en un acta notarial<sup>14</sup>. De su especial configuración ya da fe la rúbrica del precepto: *Du divorce par consentement mutuel par acte sous signature privée contresigné par avocats, déposé au rang des minutes d'un notaire*. El notario debe comprobar que se respetan las exigencias formales previstas en el art. 229-3 – que establece el contenido del acuerdo de divorcio<sup>15</sup>- y el plazo de reflexión establecido en el art. 229-4<sup>16</sup>. El depósito “*au rang des minutes*” realizado por el notario dota a la convención de fecha cierta y de fuerza ejecutiva. Esta modalidad de divorcio resulta preceptiva, no es una alternativa a la judicial, vía esta que solo se abre al divorcio por consentimiento mutuo cuando así lo reclaman los menores<sup>17</sup>. Su configuración legal, al margen de cualquier situación de internacionalidad de la relación, le ha valido numerosas críticas desde la perspectiva de los propios juristas franceses y hasta una denuncia a la Comisión UE sobre la incompatibilidad del modelo con el Derecho UE<sup>18</sup>.

El Derecho italiano parte de dos tipos de divorcios por mutuo acuerdo<sup>19</sup>. El primero, consiste en un acuerdo de divorcio asesorado por abogados y en la que interviene el Ministerio Fiscal (*Procuratore della Repubblica*), adscrito al tribunal competente. Dicha intervención difiere en función de que no haya menores o dependientes, en cuyo caso el Fiscal se limita a pronunciar un *nihil obstat*; o de que sí los haya, en cuyo caso el Fiscal autoriza el convenio si lo considera en interés de los hijos o, de lo contrario, lo transmite al tribunal competente que deberá fijar una comparecencia de los cónyuges<sup>20</sup>.

El segundo tipo es un acuerdo de divorcio administrativo, realizado directamente por los cónyuges delante del encargado del registro civil. En esta modalidad, no puede haber hijos menores ni dependientes, ni tampoco ningún acuerdo patrimonial entre los cónyuges<sup>21</sup>.

El Derecho portugués<sup>22</sup> también admite un divorcio por mutuo acuerdo ante el encargado del registro civil (*conservatória do registo civil*) siempre que la demanda de divorcio de mutuo acuerdo vaya acompañada de una lista pormenorizada de los bienes comunes de la pareja y, en su caso, sobre su partición; un certificado de la sentencia dictada por el tribunal en la que se regula el ejercicio de la responsabilidad parental o un acuerdo sobre el ejercicio de dicha responsabilidad con respecto a los hijos menores, en caso de que ningún tribunal haya fallado anteriormente sobre este asunto; un acuerdo sobre el pago de los alimentos al cónyuge que tenga necesidad de ello; el acuerdo sobre la disposición

<sup>14</sup> La introducción de esta modalidad de divorcio en el *Code civil* francés se realizó por la Ley nº 2016-1547 de 18 de noviembre de 2016 de *modernisation de la justice du XXIe siècle*.

<sup>15</sup> Dicho precepto establece el contenido preceptivo que debe tener el acuerdo de divorcio, a saber: los datos de los cónyuges y, en su caso, de los hijos; los datos de los abogados participantes en las negociaciones; la mención del acuerdo de los cónyuges sobre la ruptura del matrimonio y sus efectos en los términos del acuerdo; las regulaciones de los efectos del divorcio, sobre todo, si se pacta una prestación compensatoria; el estado de la liquidación del régimen matrimonial; la mención de que se ha informado al menor por sus padres de su derecho de audiencia ante el juez en las condiciones establecidas en el art. 388.1 y que no desea hacer uso de esa facultad.

<sup>16</sup> Se trata de un período de reflexión de 15 días que debe transcurrir entre el envío por los abogados a cada cónyuge del proyecto de acuerdo de divorcio y la firma del mismo.

<sup>17</sup> Véase en ese contexto el parágrafo 2: *Du divorce par consentement mutuel judiciaire (Articles 230 à 232)*.

<sup>18</sup> La denuncia - formulada por A. BOICHÉ, C. NOURISSAT, D. ESKENAZI, A. MEIER-BOURDEAU y G. THUAN DIT DIEUDONNÉ - tenía sobre todo que ver, sobre todo, con la “universalidad” de la competencia de los notarios y con los efectos sobre los hijos menores. Se invocaban, en concreto, cuatro violaciones del Derecho UE: vulneración de las reglas de competencia judicial directas, imposibilidad de circulación de las actas de divorcio consensual en la UE, silencio sobre el Derecho aplicable al divorcio y vulneración de los derechos fundamentales de los menores garantizados por la UE. *Vid.* en “Divorce par consentement mutuel: plainte auprès de la Commission européenne”, <http://forum-famille.dalloz.fr/2017/04/25/>, donde puede consultarse el texto completo. *Vid.* también una perspectiva muy crítica en H. GAUDEMET-TALLON, “La loi française sur le divorce sans juge confrontée au droit européen et international”, B. HESS, E. JAYME y H.-P. MANSEL (eds.), *Europa als Rechts- und Lebensraum (Liber amicorum für Christian Kohler zum 75. Geburtstag)*, Bielefeld, Ernst und Werner Gieseking, 2018, pp. 91 y ss.

<sup>19</sup> *Vid.* S. CAPORUSSO, “Proffili prozesuale delle nuove procedure consensuali di separazione personale e divorzio”, *Rivista di diritto civile*, 2015, pp. 711 y ss.

<sup>20</sup> Art. 6 *Decreto-Legge* nº 132/2014, de 12 de septiembre de 2014, *Misure urgenti di degiurisdizionalizzazione ed altri interventi per la definizione dell'arretrato in materia di processo civile*, convertido en Ley por la *Legge* nº 162, de 10 de noviembre de 2014.

<sup>21</sup> Art. 12 del mismo *Decreto-Legge*.

<sup>22</sup> Arts. 1773 a 1776A del Código civil portugués.

del hogar conyugal; un certificado de pactos prematrimoniales (de haberlos); y, finalmente, el acuerdo, en su caso, sobre los animales de compañía.

Recibida la solicitud, el registrador convoca a los cónyuges a una comparecencia en la que verifica el cumplimiento de los requisitos legales y valora los acuerdos patrimoniales, sobre los hijos y los alimentos, invitando a los cónyuges a enmendarlos si estos convenios no protegen los intereses de uno de ellos o de los hijos, pudiendo determinar al efecto la práctica de las pruebas necesarias y, finalmente, decretando el divorcio, procediendo al registro correspondiente. En caso de que haya pactos en relación a los hijos, deberá enviarse al Ministerio Fiscal para que se pronuncie en interés de estos.

6. El elemento común a todas estas figuras es que el divorcio no se resuelve en un juzgado. Las divergencias se constatan en el diferente perfil de los acuerdos y, sobre todo, en el control que puede realizar la autoridad o profesional interviniente, que hace ardua la tarea de calificar en cada caso el acto resultante. Se hace aquí especialmente evidente la evolución y el impacto de “abajo hacia arriba” que se visibiliza en el art. 65 de Bruselas II ter. Frente al binomio resolución judicial (art. 21) y documento público (art. 46) de Bruselas II bis, se incorpora ahora una tercera vía al permitir la eficacia de los acuerdos privados registrados. A tal efecto, se define expresamente el “acuerdo” para diferenciarlo de “documento público”, en función de control de fe pública/legalidad sobre el fondo que haga la autoridad interviniente. Para fines identificativos, habrá de acudir al listado correspondiente que los Estados comuniquen a la Comisión, de conformidad con el art. 103<sup>23</sup>.

La 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 resultado es que, con Bruselas II ter, se equipara el tratamiento del reconocimiento de los divorcios al margen de que quién intervenga – juez, notario, los propios cónyuges asistidos con abogado - y de la calidad en la que intervenga. Esta equiparación convierte en irrelevante la calificación del divorcio y, en particular, la delimitación conceptual entre divorcio judicial, notarial, privado o consensual<sup>24</sup>. En consecuencia, también sería irrelevante identificar la intervención de una autoridad o profesional como constitutiva, como se ha caracterizado la de los notarios españoles, o meramente formal, como se ha considerado la de los notarios franceses<sup>25</sup>.

7. En una aproximación inicial, puede darse la bienvenida al art. 65 de Bruselas II ter dado que elimina problemas de calificación y delimitación entre “resolución judicial/documento público/acuerdo” en el sector del reconocimiento. Pero subsisten dudas y se evidencian algunos riesgos, problemas e incoherencias:

---

<sup>23</sup> De este modo, entre las definiciones del art. 2 del Reglamento se entiende 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: a) se refiera a la firma y al contenido del instrumento; y b) haya sido establecida por una autoridad pública u otra autoridad habilitada a tal fin. A tal efecto, procede una comunicación de tales autoridades a la Comisión, de conformidad con el artículo 103.

Por “acuerdo” se entiende 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 presente 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 artículo 103.

<sup>24</sup> El caso más claro es la consideración, según algunos autores, de los divorcios notariales como caso de divorcios privados; *vid.* en este sentido, E. D’ALESSANDRO, “The Impact of Private Divorces on EU Private International Law”, en J.M. SCHERPE y E. BARGELLI (eds.), *The Interaction between Family Law, Succession Law and Private International Law*, Cambridge, Intersentia, 2021, pp. 59 y ss.; en otros casos, se opta por una caracterización genérica como divorcios notariales a figuras diversas de Derecho comparado, *vid.* en este sentido C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *loc. cit.*, p. 348. No obstante, incluso desde la perspectiva del Derecho español, es controvertido el carácter del divorcio notarial que, para algunos, tiene una configuración contractual; *vid.* las discrepancias doctrinales en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, *ibid.*, pp. 351-352.

<sup>25</sup> *Vid.* una comparativa en 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”, *ADC*, tomo LXXII, 2019, fasc. I, pp. 5-52. El control de lesividad del notario español permite que deniegue el otorgamiento de la escritura de divorcio si puede ser dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores de edad o menores emancipados; mientras que el notario francés solo haría un control formal. Esta función del notario español debiera ser relevante en la resolución de la cuestión prejudicial pendiente en el asunto C-304/22 *PM*.

- el riesgo derivado de seguir un reconocimiento procesal respecto de un acuerdo privado, extendiendo la confianza mutua a actos que han podido realizarse sin garantías, por ejemplo, en relación con el consentimiento.
- el problema de determinar quiénes quedan vinculados por las reglas de competencia judicial internacional del Reglamento.
- la paradoja que supone una extensión del reconocimiento a acuerdos privados sin la correlativa incorporación de la sumisión como criterio de competencia judicial internacional en Bruselas II ter.
- las dudas sobre la aplicación de Roma III en este nuevo contexto y, por tanto, el grado de vinculación de los “profesionales” intervinientes respecto de las reglas de Derecho aplicable.
- los problemas de coordinación con el resto de los Reglamentos aplicables a los efectos del divorcio en relación con las medidas de responsabilidad parental, los alimentos y pensiones compensatorias y el régimen económico matrimonial.

Al análisis de todo ello, dedicaremos las líneas que siguen. El estudio comenzará por el reconocimiento de los divorcios no judiciales, expresamente resuelto por el Reglamento Bruselas II ter, para derivar, posteriormente, sus consecuencias sobre la competencia internacional y la ley aplicable, aspectos no expresamente resueltos. Finalmente, procede examinar la coordinación de este reconocimiento con los Reglamentos aplicables a los diferentes efectos del divorcio.

## II. Perspectiva del reconocimiento: la incorporación de los divorcios sin juez

### 1. La equiparación resoluciones judiciales-documentos públicos-acuerdos registrados

8. 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. Hasta la fecha, solo el efecto ejecutivo de los documentos públicos se había incluido en los Reglamentos UE; y solo el art. 46 de Bruselas II bis había extendido ese efecto ejecutivo a los acuerdos, pensando en los pactos sobre responsabilidad parental propios de algunos Estados miembros<sup>26</sup>. Quedaban fuera los acuerdos sobre divorcio en la medida en que, estrictamente, no tienen eficacia ejecutiva: por tanto, su reconocimiento continuaba rigiéndose por los Derechos autónomos, quienes podían someterlos a un sistema de reconocimiento conflictual, como venía ocurriendo en el Derecho alemán [art. 17(1) EGBGB]<sup>27</sup> y, como podía derivarse para el sistema español, a efectos registrales, de la DA tercera de la Ley de jurisdicción voluntaria o en los arts. 97 y 98 de la Ley 20/2011, de Registro Civil.

9. En este contexto, Bruselas II bis fue muy exigente desde la perspectiva de la calificación del título cuyo reconocimiento se pretende. La alternativa era “resolución judicial” en el sentido del art. 21 del Reglamento, con un reconocimiento de todos los efectos posibles derivados de la misma; o “documento público o acuerdo” en el sentido del art. 46, con un reconocimiento limitado al efecto ejecutivo. Esta exigencia de calificación explica 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 dicho Reglamento. Pueden ponerse dos ejemplos.

El primero es el derivado de la Circular del Ministerio de Justicia francés de 2017 que, con tal de asegurar el reconocimiento de su divorcio no judicial, llegó a considerar que el acuerdo de divorcio

<sup>26</sup> El art. 46 se extendió al reconocimiento de los acuerdos por las regulaciones nacionales que preveían dicha eficacia ejecutiva respecto de los acuerdos sobre responsabilidad parental existente en algunos Estados miembros como Irlanda, el Reino Unido o los países escandinavos, *cf.* en Th. RAUSCHER en Th. RAUSCHER (Coord.), *op. cit.* p. 364.

<sup>27</sup> *Vid.* D. HENRICH, *loc. cit.*, pp. 37 y ss.

tenía efectos ejecutivos y, por tanto, debería incluirse en el art. 46<sup>28</sup>. También se ha interpretado así, considerando que el acuerdo de divorcio contiene pactos en relación con los hijos o cuestiones patrimoniales. El planteamiento se llevó hasta el extremo, en la medida en que Francia reconoce la competencia notarial para emitir la certificación correspondiente del art. 39 de Bruselas II bis, que habilita la eficacia transfronteriza de esos divorcios<sup>29</sup>.

El segundo ejemplo es el derivado de la interpretación extensiva del Abogado General en el asunto *Senatsverwaltung für Inneres und Sport*, en relación con el Derecho italiano<sup>30</sup>, que le lleva a equiparar el acuerdo de divorcio realizado ante el encargado del registro civil italiano a una resolución judicial. Esta conclusión puede entenderse voluntarista y va encaminada a facilitar lo más posible el reconocimiento mutuo de los divorcios en la UE<sup>31</sup>. La argumentación es doble: por un lado, se mantiene la equiparación formal de cualquier autoridad que intervenga en el divorcio - sea juez, un funcionario público o encargado del registro - verificando las condiciones legales (apdo. 39 de las Conclusiones); por otro, se dota de una eficacia “decisora-constitutiva” a la actividad del encargado del registro, considerando que el divorcio solo se produce cuando ha comprobado que se han cumplido los requisitos legales y se otorga el certificado correspondiente (apdo. 47 de las Conclusiones). No se da ninguna relevancia al alcance real del control que realiza el oficial del registro, dado que, conforme al Derecho italiano, este se limita a constatar que se dan las condiciones externas para utilizar esta vía de divorcio (que no haya hijos menores o dependientes, ni acuerdos patrimoniales) pero sin ningún control de fondo ni pronunciamiento adicional<sup>32</sup>.

**10.** Como venimos diciendo, la simplificación del art. 65 Bruselas II ter no solo consiste en dotar de eficacia constitutiva a los documentos públicos o acuerdos privados registrados, sino que, además, lo hace equiparándola a las resoluciones judiciales, tanto en el procedimiento de reconocimiento como en las condiciones o controles aplicables al mismo. En este ámbito, carece ya de relevancia práctica la distinción entre las categorías resolución judicial, documento público o acuerdo privado registrado. Desde esta perspectiva, la futura Sentencia del TJUE *Senatsverwaltung für Inneres und Sport* va a nacer ya caducada. Lo mismo ocurrirá en relación con la reciente cuestión prejudicial en el asunto C-304/22 PM, sobre los divorcios notariales españoles.

En consecuencia, el tratamiento es el mismo para los divorcios judiciales alemanes, los notariales españoles, los registrados en Francia, en Italia o en Portugal<sup>33</sup>. También resultaría irrelevante saber si el interviniente realiza un control de contenido – como hacen los notarios españoles, el Ministerio fiscal

<sup>28</sup> Vid. la Ficha 10 de la *Circulaire du 26 janvier 2017 de présentation des dispositions en matière de divorce par consentement mutuel et de succession issues de la loi n°2016-1547 du 18 novembre 2016 de modernisation de la justice du XXIe siècle et du décret n°2016-1907 du 28 décembre 2016 relatif au divorce prévu à l'article 229-1 du code civil et à diverses dispositions en matière successorale*.

<sup>29</sup> La aplicación a los documentos públicos del procedimiento de reconocimiento de las resoluciones judiciales requiere de la certificación del citado art. 39 de Bruselas II bis. A tal efecto, el art. 509-3, último apartado del *Code de Procédure civile* establece: “Par dérogation à l'article 509-1, sont présentées au notaire ou à la personne morale titulaire de l'office notarial ayant reçu en dépôt la convention de divorce ou de séparation de corps par consentement mutuel prévue à l'article 229-1 du code civil les requêtes aux fins de certification du titre exécutoire en vue de sa reconnaissance et de son exécution à l'étranger en application de l'article 39 du règlement (CE) n° 2201/2003 du Conseil du 27 novembre 2003 relatif à la compétence, la reconnaissance et l'exécution des décisions en matière matrimoniale et en matière de responsabilité parentale abrogeant le règlement (CE) n° 1347/2000”. Se ha llegado a calificar el divorcio consensual francés como instrumento híbrido: un acuerdo privado que es ejecutivo L.-M. NIBOYET, I. REIN LESCATEREYRES y L. DIMITROV, “The de-internationalisation” of the new divorce by mutual consent”, p. 4; disponible en <https://www.iafl.com>.

<sup>30</sup> Asunto, C-646/20, pendiente de la Sentencia, en el que el objeto de la cuestión prejudicial es si el divorcio registral italiano (del art. 12 del *Decreto-Legge*) puede ser considerado resolución judicial a los efectos del art. 21 de Bruselas II bis o, subsidiariamente, documento público. Vid. las Conclusiones del Abogado General M.A.M. COLLINS, ECLI:EU:C:2022:357.

<sup>31</sup> En este sentido, vid. el apdo. 38 de las Conclusiones establece la vinculación entre este reconocimiento y la libre circulación de personas. Véase también esa interpretación extensiva en K. BOGDZEVIC, K., N. KAMINSKIENE y L. VAIGÉ, “Non-Judicial Divorces and the Brussels II bis Regulation: To Apply or Not Apply?”, *International Comparative Jurisprudence*, 2021, volume 7, n° 1, pp. 31-39.

<sup>32</sup> Así se recoge en el apdo. 14 de las Conclusiones.

<sup>33</sup> C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Party Autonomy in International Family Law”, *Recueil des Cours*, 2020, vol. 408, pp. 107 y ss., esp. p. 318.

en Italia cuando hay hijos menores o el encargado del registro en Portugal – o realizan un mero control formal, como parece que hacen los notarios franceses o el encargado del registro civil italiano.

Desde una perspectiva metodológica de Derecho internacional privado, el salto cualitativo es pasar de un reconocimiento “conflictual” a un reconocimiento “procesal” de los divorcios privados. No hay tratamiento de Derecho aplicable ni control de ley aplicada. La novedad y el impacto de este nuevo régimen es evidente. Supone la confianza mutua sin juez. El propio Considerando 55 del Reglamento extiende el principio de confianza mutua a los acuerdos y, como tal, a una interpretación restrictiva de los motivos de denegación del reconocimiento. El peligro de extender el reconocimiento procesal a un ámbito en el que no ha intervenido un juez (ni autoridad equiparable por realizar un control sustantivo) es la ausencia de control de fondo durante el “proceso” y en la fase de reconocimiento.

El fenómeno corre paralelo a una progresiva extensión del sistema de reconocimiento mutuo de actos de estado civil impulsado, desde el año 2010, con un ambicioso proyecto de reconocimiento en este ámbito<sup>34</sup>. La perspectiva de reconocimiento triunfa claramente sobre las normas de conflicto, de modo que el primero va incorporando instituciones que tradicionalmente se han construido o controlado a través de técnicas de Derecho aplicable. En este contexto cabe interpretar también las Conclusiones del Abogado General en el asunto C-646/20 cuando iguala la eficacia constitutiva del matrimonio con la del divorcio (apdo. 48). El mismo efecto arrastre del Derecho de extranjería o del régimen de libre circulación de ciudadanos de la UE acentúa el papel del reconocimiento de las relaciones familiares “constituidas” en un Estado, al margen de las técnicas clásicas de DIPr. En el marco del Derecho Unión Europea, una obligación de esta admisión de pleno derecho se deriva del principio de unicidad del *status* del ciudadano de la Unión, que incide directamente en materias de estado civil cuando está en juego la libre circulación de personas y se trata de evitar que el ámbito de aplicación personal de las normas UE pueda variar de un Estado miembro a otro. El impacto se ha dejado sentido sentir en relación con los matrimonios entre personas del mismo sexo en el asunto *Coman*<sup>35</sup> y ahora también en relación con la filiación, en el asunto *Pancharevo*<sup>36</sup>.

## 2. Condiciones del reconocimiento

**11.** El Reglamento Bruselas II ter impone, en el art. 64, dos exigencias para definir su ámbito de aplicación: que se trate de documentos públicos formalizados o registrados o acuerdos registrados y que lo estén en el Estado competente conforme a las reglas de competencia judicial internacional del Reglamento. A ello debe añadirse, conforme al art. 65.1, el carácter vinculante que debe tener el documento público y el acuerdo en el Estado de origen. Dichos presupuestos deben acreditarse en la certificación del art. 66, que debe expedir el órgano jurisdiccional o la autoridad del Estado de origen – incluida en la Comunicación enviada al efecto conforme al art. 103 - certificación que resulta preceptiva para el reconocimiento<sup>37</sup>.

**12.** El requisito del registro del acuerdo es una novedad en Bruselas II ter respecto del art. 46 de Bruselas II bis, que no establecía expresamente tal exigencia para el efecto ejecutivo de un acuerdo, requiriendo únicamente que tuviera eficacia ejecutiva en el Estado de origen, pudiendo cubrir tanto títulos judiciales (como las transacciones judiciales) como extrajudiciales<sup>38</sup>. Ello podría generar cierta confusión sobre la identificación de un Estado de origen en relación con un acuerdo meramente privado,

<sup>34</sup> Libro verde sobre reconocimiento estado civil COM (2010) 747 final.

<sup>35</sup> STJUE, Gran Sala, de 5 de junio de 2018, asunto C-673/16, ECLI:EU:C:2018:385

<sup>36</sup> STJUE, Gran Sala, de 14 de diciembre de 2021, asunto C-490/20, ECLI:EU:C:2021:1008

<sup>37</sup> Habrá que esperar a las Comunicaciones que eleven los Estados para comprobar quiénes serán competentes para emitir la correspondiente certificación. Si nos orientamos por el sistema seguido para otros Reglamentos, se partirá de que la misma “autoridad” que formalizó el documento público o intervino en el acuerdo de divorcio podrá expedir la certificación correspondiente. La solución es práctica, aunque queda la duda sobre la idoneidad de tal coincidencia.

<sup>38</sup> Cf. U. MAGNUS en U. MAGNUS y P. MANKOWSKI, *European Commentarie on Private International Law Commentary*, Vol. IV *Brussels IIbis Regulation*, Colonia, Dr. Ottoschmidt, 2017, pp. 415-416; Th. Rauscher, en *op. cit.*, pp. 364-365

confusión que ahora queda disipada<sup>39</sup>. Por otra parte, el registro solo es necesario para los acuerdos, pero no para los documentos públicos que pueden estar meramente “formalizados” en un Estado miembro. Queda ahí un posible resquicio de problema de calificación entre documento público y acuerdo, dado que una posible consideración como verdadero documento público del divorcio notarial francés le eximiría de la necesidad de registro.

Respecto al tipo de registro, y a falta de indicación en otro sentido en el Reglamento, no necesita ninguna cualidad especial (sea administrativo o civil, tenga carácter constitutivo o no). Por ejemplo, en el Derecho francés, la fuerza vinculante del acuerdo de divorcio hace con el depósito notarial sin que el registro del divorcio sea preceptivo con carácter general, solo dependiendo de sus efectos económicos o de la inclusión de inmuebles<sup>40</sup>; sin embargo, tal inscripción es presupuesto para su eficacia transfronteriza si entendemos que el acta notarial no es documento público. Sí es necesario que esté registrado por “una autoridad pública competente para hacerlo”, según se indica en el Considerando 14, lo que proporciona un dato cierto de publicidad y también permite la “localización” del acuerdo en un Estado determinado. A tal efecto, los Estados deberán comunicar tales autoridades, de conformidad con el art. 103 del Reglamento. Es en todo caso imprescindible, como decimos, que tales acuerdos tengan fuerza vinculante (cosa juzgada) en el Estado de origen para que puedan tenerlo en otros Estados. Su naturaleza no tiene que ser contractual, sino equiparable a una resolución judicial.

**13.** Se exige, además, que la autoridad que haya formalizado el documento o registrado el acuerdo tiene que pertenecer a “un Estado miembro que ejerza su competencia con arreglo al capítulo II”. Desde una perspectiva dogmática, este control puede parecer incoherente en la medida en que no hay un tribunal interviniente en este caso. Desde la perspectiva de la confianza mutua, puede parecer además paradójico introducir un control de competencia que, como regla general, está proscrito en los Reglamentos UE. Bien es cierto, que en este caso el control se debe realizar ya en origen, condición para expedir la certificación conforme al art. 66.2.a). Este control de competencia adquiere pleno sentido en este ámbito si se valora como un instrumento para evitar el *forum shopping* o turismo civil (en este caso, el turismo divorcista), al exigir una mínima vinculación con el Estado de origen. Aquí se producirá necesariamente un impacto de “arriba (Reglamento) hacia abajo (Derechos nacionales)” puesto que la opción legislativa por un divorcio sin juez de configuración universal conllevará divorcios claudicantes, no reconocibles en otros Estados de la UE. El impacto se dejará sentir, por ejemplo, en el Derecho francés, sobre el que volveremos posteriormente.

En este contexto, será relevante el juego del doble sistema de aplicación de los foros de competencia establecido en el art. 6 de Bruselas II ter, que remite, cuando el cónyuge demandado no sea nacional ni residente en un Estado UE, al Derecho autónomo. Al margen de la problemática de identificar un demandado cuando se trata de divorcios por mutuo acuerdo<sup>41</sup>, lo cierto es que, al menos cuando ninguno de los cónyuges sea residente ni nacional de un Estado miembro, la remisión al Derecho autónomo permitiría una aplicación de foros universales y tal divorcio registrado sería reconocido en el resto de los Estados miembros. Incierto será, sin embargo, su reconocimiento en los terceros Estados con los que los cónyuges estén vinculados.

Finalmente, tal control de competencia no solo se realiza sobre los acuerdos registrados, sino también respecto a los documentos públicos. Aunque esta conclusión no se explicita con total claridad en la redacción del art. 64, sí se deriva del art. 66.2.a) a los efectos de expedir la correspondiente certificación.

**14.** Desde el punto de vista del procedimiento, la equiparación de los acuerdos registrados a las resoluciones judiciales implica su reconocimiento automático, en los términos de los arts. 30 y ss. Las consecuencias más inmediatas se manifiestan en el ámbito registral, cuando pretendan inscribirse

<sup>39</sup> En relación con las dificultades para localizar un Estado de origen respecto a los acuerdos cuando no intervenía ningún tipo de autoridad, *vid.* Th. RAUSCHER, en *op. cit.*, p. 365.

<sup>40</sup> *Vid.* la Circular de 2017, ficha 8.

<sup>41</sup> Una interpretación maximalista del artículo 6 implicaría que la mera presencia de un cónyuge nacional o residente en un Estado miembro desactivaría la aplicación residual de las reglas de competencia de los Derechos nacionales.

en los Registros civiles de otros Estados miembros. Para el caso del Derecho español, ello implica el desplazamiento de los arts. 97 y 98 LRC en relación con un divorcio consensual francés o administrativo italiano; precepto que seguirá vigente respecto de divorcios privados procedentes de terceros Estados<sup>42</sup>.

15. Desde la perspectiva de los motivos de denegación del reconocimiento, además del presupuesto indicado del control de la “competencia” del Estado de origen, el art. 68.1 reproduce, en esencia, los mismos motivos establecidos en el art. 38 para las resoluciones judiciales, excepto lógicamente el apartado relativo al respeto de los derechos de defensa que, en este contexto del mutuo acuerdo, no tendría sentido.

El orden público debería interpretarse, siguiendo las pautas generales del reconocimiento, de manera estricta. Por una cuestión de coherencia interna, está claro que dicho motivo no puede invocarse para rechazar la eficacia del divorcio privado, dado que ello chocaría frontalmente con la admisión expresa en el Reglamento. Cabe entender, por tanto, superado el planteamiento sostenido por el Gobierno polaco en el asunto C-646/20, que justificaba la invocación del orden público frente al Derecho italiano<sup>43</sup>.

Sin embargo, el orden público sí podría tener interés en este ámbito para realizar un control sobre el consentimiento, base del divorcio por mutuo acuerdo, aunque sin perder de vista que el reconocimiento procesal precisamente impide realizar una revisión de fondo. Las garantías en torno al consentimiento han sido recurrentes, en cuestiones de forma y de fondo, en los Reglamentos de familia precisamente en la idea de garantizar la información y proteger la libertad y la equidad entre los cónyuges<sup>44</sup>. El problema se plantea en los divorcios por acuerdo si el papel del notario o del encargado del registro se limita a un control meramente formal<sup>45</sup>. Este ha sido uno de los argumentos tradicionalmente empleados precisamente para no extender el “reconocimiento procesal” a los divorcios privados en los que no ha intervenido ninguna autoridad para contrastar ese consentimiento<sup>46</sup>. Los propios trabajos del Grupo Europeo de Derecho internacional privado (GEDIP) mostraban su reticencia a admitir la eficacia de un divorcio consensual privado, precisamente por la falta de control sobre el consentimiento<sup>47</sup>.

Por una parte, estaría la exigencia de un consentimiento informado, libre y válidamente emitido. Por otra parte, un posible control sobre la equidad del acuerdo. Desde la perspectiva de Bruselas II ter, este último aspecto es el menos relevante, en la medida en que el ámbito de aplicación del Reglamento se limita a la disolución del vínculo conyugal y, en su caso, a las cuestiones de responsabilidad parental.

<sup>42</sup> Respecto a la práctica española, la cuestión dependerá de cómo se califique la intervención del notario extranjero, en la medida en que una intervención notarial equiparable a la judicial determinará un reconocimiento procesal y, por tanto, su sometimiento a *exequatur*; *vid.*, entre otros, el Auto de la Aud. Prov. de Lleida, Secc. 2ª, de 5 de mayo de 2021, ECLI:ES:APL:2021:173ª, con referencias a los criterios del Tribunal Supremo en la materia.

<sup>43</sup> *Vid.* en este sentido los apdos. 56 y ss. de las Conclusiones del Abogado General.

<sup>44</sup> El control de fondo del consentimiento ha tomado como modelo el implantado, para el ámbito patrimonial, en el art. 10 del Reglamento (CE) nº 593/2008 (Roma I). A ello se han añadido, en el Derecho de familia, requerimientos cualificados de forma para evitar la falta de conocimiento y/o desequilibrio entre los cónyuges, de modo que deben cumplirse cumulativamente requisitos uniformes (escrito, fechado y firmado) y los requisitos previstos en la ley de la residencia habitual (eso sí, del Estado miembro) de cualquiera de los cónyuges: art. 7 de Roma III; para los regímenes económicos matrimoniales, el Reglamento (UE) nº 2016/1103 requiere en su art. 23, en relación con la validez formal del acuerdo de elección y art. 25 en relación con las capitulaciones matrimoniales junto, en este último caso, con la forma requerida por la ley rectora del fondo.

<sup>45</sup> Así se dice respecto de los notarios en el divorcio privado francés. El control del notario se limita a que se hayan incluido las menciones obligatorias a las que se refiere el art. 229-3 *Code civil* y que el menor ha sido informado. Nadie controla la realidad y libertad de ese consentimiento y de sus consecuencias. Algo similar ocurre en el modelo de divorcio consensual administrativo del Derecho italiano, en el que encargado del registro solo controla que se cumplan los presupuestos de ese divorcio (esto es, que no haya hijos menores ni acuerdos sobre patrimonio).

<sup>46</sup> Precisamente para este contexto, C. GONZÁLEZ BEILFUSS (“Party Autonomy...”, *loc. cit.*, p. 318) advierte de los peligros derivados de esta autonomía indirecta, a diferencia de la autonomía directa.

<sup>47</sup> En este sentido, en el art. 42 de Propuesta del GEDIP de un Reglamento sobre divorcio, hecha en Anvers, en septiembre de 2018, sometía los divorcios consensuales a un control de ley aplicada. Posteriormente, con ocasión de la reunión de Katowice, de septiembre de 2019, se generó una solución híbrida para los divorcios consensuales (nuevo art. 41 de la Propuesta) combinando el reconocimiento con un control de ley aplicada (nacionalidad o residencia de cualquiera de los cónyuges) y con motivos de denegación de reconocimiento basados en el orden público o el carácter inconciliable con otras decisiones y/o acuerdos. Particularmente interesante es la regla material, dentro de la cláusula del orden público, para denegar el reconocimiento si, antes de la conclusión del acuerdo, uno de los cónyuges no fue correctamente informado de los efectos del acuerdo o si su consentimiento no fue enteramente libre. *Vid.* toda la documentación en <https://gedip-egpil.eu>.

Además, según los modelos, el divorcio por acuerdo solo puede ser posible si no hay hijos y sin acuerdos patrimoniales, lo que impide visualizar un desequilibrio entre los cónyuges y la protección de la parte débil<sup>48</sup>. Cuando el divorcio pueda alcanzar, según el Derecho nacional, a otros aspectos (como alimentos o régimen económico) la eficacia del acuerdo podrá ser excluida por el Reglamento respectivo, tal y como se verá más adelante.

Respecto a la denegación del reconocimiento basado en el carácter irreconciliable de las resoluciones/documentos públicos/acuerdos, esta se resolverá con arreglo a los criterios de prioridad temporal establecidos en el art. 68.1 del Reglamento adaptado a los caracteres del título en cada caso: no se trata de la fecha en que haya sido “dictada” la resolución, sino a la fecha de otorgamiento del documento o del registro del acuerdo, según lo que establezca en cada caso el Derecho nacional<sup>49</sup>. La probabilidad de títulos no conciliables es alta por las dificultades de aplicación en estos casos del mecanismo de la litispendencia, como se indicará en el siguiente apartado. Evidentemente, no se apreciará incompatibilidad entre una resolución previa de separación judicial respecto de un acuerdo de divorcio posterior.

### III. Perspectiva de la competencia internacional: las técnicas procesales en modelos no judicializados

#### 1. La vinculación indirecta a las reglas de competencia

16. Tradicionalmente, los denominados Reglamentos dobles han respondido a una necesidad de garantizar el reconocimiento mutuo de las decisiones apoyado en unos parámetros comunes de competencia judicial. Cabe entender, por tanto, que la competencia judicial internacional ha cumplido siempre una función accesoria respecto a la finalidad esencial que es el reconocimiento de resoluciones judiciales. En todo caso, examinados los criterios de competencia de Bruselas II ter, que permanecen inalterados respecto de Bruselas II bis, sorprende, por aparente incoherencia, la asimetría entre reconocimiento y competencia: mientras que el primero se ha potenciado la autonomía privada, no ha ocurrido lo mismo con la segunda, que sigue sin incluir la sumisión como criterio de competencia judicial internacional. La única sumisión posible sería en relación con las demandas de mutuo acuerdo del art. 3.a) iv), aunque limitada a los tribunales de la residencia habitual de uno de los cónyuges. La incoherencia no solo es interna del propio Reglamento, sino también externa, en relación con los otros Reglamentos en materia de familia, que han ido incorporando, siquiera mínimamente, la autonomía de la voluntad como foro<sup>50</sup>. Por lo que se trasluce de los documentos preparatorios de Bruselas II ter, no se trata de un olvido del “legislador europeo”, sino que es una opción premeditada<sup>51</sup>. La doctrina ya ha criticado esta restricción<sup>52</sup>. Podría entenderse que no se admitiera una sumisión ilimitada e incondicionada para evitar paraísos divorcistas. Pero sí podría haberse incluido una sumisión a tribunales coincidentes con la nacionalidad o residencia habitual de uno de los cónyuges, en el mismo sentido que se admite en los otros Reglamentos de familia. Con ello, se gana en coherencia y coordinación normativa; y, para los cónyuges, en seguridad jurídica y previsibilidad, permitiendo una organización y planificación ordenada de su vida matrimonial y postmatrimonial.

La paulatina desjudicialización en el ámbito del Derecho privado ha obligado, como hemos visto, a extender el concepto de órgano jurisdiccional a quienes formalmente no son jueces. En ese caso, la equiparación, desde la perspectiva de la función jurisdiccional, de los notarios u otros profesionales a los

<sup>48</sup> Obsérvese que ese fue uno de los argumentos del Abogado General en el asunto C-646/20 para justificar la posición pasiva del funcionario público en el Derecho italiano. (apdo. 42 de las Conclusiones).

<sup>49</sup> Así, por ejemplo, es la protocolización notarial la que da fecha cierta al acuerdo (art. 229-1 *Code civil*).

<sup>50</sup> Art. 4 del Reglamento (UE) n° 4/2009, en relación con los alimentos; art. 7 del Reglamento (UE) 2016/1103, en relación con los regímenes económicos matrimoniales.

<sup>51</sup> *Vid.* que la cuestión de incorporar la autonomía de la voluntad como foro de competencia ya estaba en el Libro Verde de 14 de marzo de 2005; *vid.* un resumen de los antecedentes de Bruselas II ter en F.J. FORCADA MIRANDA, *Comentarios prácticos al Reglamento (UE) 2019/1111*, Madrid, Sepin, 2020, pp. 77 ss.

<sup>52</sup> *Vid.* esta paradoja resaltada en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Party Autonomy...”, *loc. cit.*, pp. 302 y ss.; también L.-M. NIBOYET, I. REIN LESTASTERYRES y L. DIMITROV, *loc. cit.*, p. 5.

jueces implica una sujeción de estos a las reglas de competencia judicial internacional de los Reglamentos. En coherencia con la ampliación del concepto de tribunal, los Reglamentos han ido incorporando el sistema de listado que cada Estado debe remitir a la Comisión, relacionando quiénes asumen el carácter de órganos jurisdiccionales en cada caso. Ello no ha resuelto definitivamente el problema, como se observa en la abundante jurisprudencia del TJUE sobre esta cuestión. Desde la perspectiva de Bruselas II ter, ni siquiera se ha previsto una remisión de tal listado.

Los Reglamentos en materia de familia y sucesiones se limitan a regular la competencia judicial internacional respetando el sistema organizativo interno del Estado, tanto en lo relativo a la competencia territorial, material y funcional, como a la distribución entre jueces y otros profesionales. Se parte inicialmente de una coherencia interna: toda resolución judicial implica una decisión de autoridad, que está vinculada por las reglas de competencia, al margen de que intervenga un juez (en sentido formal) o no. De este modo, en la medida en que un notario español o un encargado del registro civil portugués tiene una verdadera competencia decisora, ambos estarán vinculados por los foros de competencia de Bruselas II ter. El reverso de esta situación – esto es, la no vinculación por la competencia judicial internacional cuando el juez no dicte una resolución judicial – aún no se ha confirmado; antes al contrario, se ha afirmado tal vinculación siempre que intervenga un juez (en sentido formal) aunque no dicte una resolución, como ocurre cuando otorga certificados sucesorios nacionales<sup>53</sup>.

**17.** Con el art. 65 de Bruselas II ter, se afronta otra perspectiva de esa desjudicialización con la equiparación de documentos públicos y acuerdos privados registrados a resoluciones judiciales. Esta equiparación no parece que lleve aparejada una vinculación directa de los órganos/profesionales/funcionarios intervinientes a las reglas de competencia judicial internacional, pensadas para tribunales o, a lo sumo, órganos equiparables a ellos. Esto es especialmente evidente en relación con la competencia de los encargados de los registros, porque la organización registral queda fuera de este y de otros Reglamentos. Así, en relación con el modelo de divorcio registral del Derecho italiano, la competencia del encargado del registro se establece en función de la residencia de uno de los cónyuges o de la inscripción previa del matrimonio en el registro<sup>54</sup>. Este último criterio se justifica en virtud del tracto sucesivo registral, pero obsérvese que no tiene equivalente en Bruselas II bis/ter que ni siquiera recogen entre sus foros el del lugar de celebración del matrimonio. Sin embargo, en el modelo italiano del acuerdo negociado con abogados y en el que debe intervenir el Ministerio Fiscal adscrito al “tribunal competente”, tal competencia se entiende condicionada a los criterios de Bruselas II bis/II ter<sup>55</sup>.

La ausencia de vinculación directa a los foros de Bruselas II ter, implica que tales foros no podrían servir para ampliar la competencia interna del notario francés o del encargado del registro civil italiano. Las consecuencias son perceptibles precisamente en relación con este último por la limitada competencia interna. Así, por ejemplo, dos italianos residentes fuera de Italia no podrían acceder a al divorcio registral de su país<sup>56</sup>, porque el art. 3.b) de Bruselas II ter no funcionaría como norma atributiva de competencia.

**18.** Si la regla general es que los profesionales no están vinculados directamente por las normas de competencia, sí lo están indirectamente por las repercusiones que tiene sobre la eficacia transfronteriza del acuerdo registrado, en el sentido indicado de los arts. 64 y 66.2.a) del Reglamento. Y ese horizonte debería ser considerado por el legislador nacional cuando configura las condiciones en las que los acuerdos de divorcio pueden registrarse. En otro caso, el divorcio registrado en un Estado UE no podrá ser reconocido en el resto de los Estados UE y será, por tanto, claudicante.

La cuestión se ha puesto especialmente de relieve con el Derecho francés en lo que se ha denominado el nuevo “Las Vegas” del divorcio<sup>57</sup>. Este problema es aún más grave si se considera que

<sup>53</sup> Sentencias de 21 de junio de 2018, asunto C-20/17: *Oberlé*, ECLI:EU:C:2018:485.

<sup>54</sup> Art. 12 *Decreto-Legge* n° 132/2014.

<sup>55</sup> En este sentido, cf. E. D’ALESSANDRO, *loc. cit.*, p. 61.

<sup>56</sup> *Vid.* este problema en E. JAYME, “Rechtswirkungen von Privatscheidungen im italienischen Recht: Fragen des Internationalen Privat- und Verfahrensrechts”, *IPRax.*, 2022, n° 74, pp. 75 y ss., esp. p. 78; S. CAPORUSSO, *loc. cit.*, pp. 724 y ss.

<sup>57</sup> Ver, entre otras, la crítica de H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, pp. 92-93. Así, se ha propuesto limitar la posibilidad de di-

el divorcio privado no es una alternativa a la vía judicial, sino que es preceptivo cuando existe mutuo acuerdo<sup>58</sup>. La Circular del Ministerio de Justicia de 2017 claramente establece una competencia “cuasi universal” de los notarios franceses, al margen de la internacionalidad de la relación, indicando expresamente que, dado que los notarios no dictan una “decisión” de divorcio, no son “jurisdicción” a los efectos del Reglamento Bruselas II bis<sup>59</sup>. Precisamente para evitar una explosión de divorcios franceses claudicantes, una parte de la doctrina llegó a calificar la función notarial como constitutiva y decisora, para que se viesan compelidos a respetar las reglas de competencia judicial internacional<sup>60</sup>. Con Bruselas II ter, el respeto de tales reglas, como control indirecto, es ya evidente, lo que debiera suponer un impacto del Reglamento de “arriba hacia abajo” para restringir los supuestos de divorcios sin juez en Francia y adecuarlos a los criterios de competencia allí establecidos. Francia dejará de ser Las Vegas.

Algo similar debe interpretarse en relación con la modalidad del Derecho italiano del acuerdo negociado con abogados y ratificado por el Ministerio Fiscal adscrito al tribunal competente. Este se determina por el domicilio o residencia habitual de uno de los cónyuges o de la inscripción previa del matrimonio en el registro, pero tales criterios deben considerarse criterios de competencia territorial. La competencia judicial internacional debería entenderse sujeta en este caso al Reglamento, aunque no se indica así ni en la información aportada por los registros ni se han dado casos de declaración de incompetencia<sup>61</sup>.

En consecuencia, los foros de competencia de Bruselas II ter no son normas atributivas de competencia para los notarios o autoridades administrativas que no sean equiparables a un órgano jurisdiccional, pero tales foros sí actúan como máximos de competencia que los Estados miembros deben respetar si quieren que sus divorcios tengan efectos transfronterizos.

**19.** Cuestión adicional es la competencia para la revisión judicial de los acuerdos de divorcio. Creemos que habría que hacer aquí una distinción entre la revisión de las “resoluciones judiciales” dictadas por órganos no judiciales y los acuerdos privados registrados.

En el primer caso, el ejercicio de una función jurisdiccional por delegación o sujeta a control judicial provoca, necesariamente, que las reglas de competencia judicial internacional de los jueces y tribunales se extiendan a quienes actúen por delegación o bajo su control. Razones procesales justifican que los notarios o profesionales deben encontrarse en el mismo Estado que los jueces y tribunales que van a ejercer el control y revisión de los actos emanados de aquellos. ¿Qué sentido tendría que la intervención de un notario español fuera recurrible ante un juez francés cuyo criterio de competencia además desconocemos? Es decir, la distribución de competencias entre tribunales y profesionales equivaldría a un reparto de competencias similar a las reglas de reparto de competencia territorial, objetiva y funcional dentro de los Estados miembros. Está distribución está, por tanto, supeditada al cumplimiento previo de las normas de competencia judicial internacional establecidas en los Reglamentos<sup>62</sup>. Cabe recordar que, excepto para algunos casos de competencia territorial en Bruselas I bis, las normas de competencia de los Reglamentos son solo como normas de carácter general, que no prejuzgan la competencia concreta de los órganos estatales.

---

divorcio consensual francés a los casos de residencia común o al menos residencia de uno de los cónyuges en Francia, *vid.* L.-M. NIBOYET, I. REIN LESCATEREYRES y L. DIMITROVT, *loc. cit.*, p. 6. Los problemas aún se podrían multiplicar más: por ejemplo, se plantearía la cuestión de la intervención de abogados extranjeros en Francia para realizar divorcio por mutuo acuerdo, en ejercicio de la libre prestación de servicios. Sobre la posibilidad de que intervengan notarios no franceses, y las dudas suscitadas por parte de la doctrina, *vid.* M. PEREÑA VICENTE, *loc. cit.*, p. 29.

<sup>58</sup> Así lo indica E. D’ALESSANDRO, *loc. cit.*, p. 62.

<sup>59</sup> *Vid.* la ficha 6 de la Circular. Es importante, además, la precisión de que los Cónsules no tienen competencia para estos divorcios por mutuo acuerdo.

<sup>60</sup> P. HAMMJE, “Le divorces par consentement mutuel extrajudiciaire et le droit international privé. Les aléas d’un divorce sans fore”, *Rev. Crit. Dr. Int. pr.*, 2017, pp 143 y ss., esp. p. 147.

<sup>61</sup> E. D’ALESSANDRO, *loc. cit.*, p. 61.

<sup>62</sup> Tal planteamiento, basado en criterios de funcionalidad y tutela judicial efectiva, se ha defendido por M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Internacional. Litigación Internacional*, 2ª ed., Navarra, Thomson/Civitas, 2007, p. 119); *vid.* también P. DE MIGUEL ASENSIO, “La Ley de Jurisdicción Voluntaria y Derecho internacional privado”, *AEDIPr.*, t. XVI, 2016, pp. 147 y ss., esp. p. 154.

En el segundo caso, se trata de un acuerdo emanado de las partes que ha sido registrado y que, pretende impugnarse posteriormente judicialmente, por existir algún vicio de consentimiento, falta de capacidad o vulneración del orden público<sup>63</sup>. Es importante considerar que en el Derecho francés el acuerdo “protocolizado” por el notario puede ser objeto de revisión judicial, y así se ha previsto en la Circular de 2017 por ejemplo para el caso de introducir una cláusula resolutoria del divorcio que sería nula por contravenir el orden público<sup>64</sup>. De hecho, el control judicial ha de ser posible, porque no puede haber espacios sin ley. Ahora bien, esto no debe rebajar el carácter del divorcio consensual notarial o registral, dado que, para que este pueda tener eficacia en el sentido del art. 65, ha de tener fuerza vinculante en el Estado de origen equiparable a una resolución judicial<sup>65</sup>. En ese contexto, la revisión judicial debe articularse como un mecanismo “de apelación” que, en consecuencia, deberá seguir el mismo régimen que cualquier recurso procesal incluido dentro de un procedimiento<sup>66</sup>.

## 2. Los problemas de aplicación de la competencia en un modelo no judicialista

20. La ausencia de vinculación directa de los profesionales a las reglas de competencia del Reglamento también provoca consecuencias desde la perspectiva de las normas de aplicación, en particular, en relación con el control de oficio de la competencia y el funcionamiento de la litispendencia y la conexidad.

21. Respecto al control de oficio, la respuesta parece sencilla: en la medida en que el profesional/funcionario/encargado del registro no está vinculado directamente por las reglas de competencia del Reglamento, en esa misma medida no estará obligado a realizar un control de oficio de su competencia. Así se ha indicado ya respecto al Derecho italiano<sup>67</sup>. Las únicas reglas de competencia que deben confrontar son las de competencia territorial, funcional y material. Es irrelevante también en este caso el doble juego de los foros del Reglamento Bruselas II ter conforme al art. 6, de aplicación exclusiva cuando el cónyuge demandado es nacional o tiene residencia habitual en un Estado miembro o de aplicación prioritaria, junto a las normas nacionales subsidiarias, si no se dan esas circunstancias.

22. A lo anterior, debe añadirse la cuestión sobre la sujeción de los profesionales a las reglas sobre litispendencia y conexidad. Nuevamente el argumento formal (no son jueces ni equiparados a ellos) conduciría a una respuesta negativa. Sin embargo, una calificación funcional estaría plenamente justificada si de lo que trata es de impedir, a toda costa, “decisiones” inconciliables<sup>68</sup>. Obsérvese que el Considerando 14 del prólogo del Reglamento equipara los acuerdos privados a las resoluciones, pero el registrador no está equiparado al juez, lo que tiene importantes consecuencias para una litispendencia que, en estos casos, no podría evitarse<sup>69</sup>. Un encargado del registro difícilmente puede considerar un proceso judicial pendiente ante los tribunales de otro Estado miembro, a menos que exista una previsión en ese sentido. La respuesta podría no ser la misma si la perspectiva de una segunda “demanda” se produce ante un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro estando “pendiente” un mutuo acuerdo ante autoridades o profesionales de otro Estado miembro. Nos encontramos en estos supuestos con un doble aspecto, uno puramente procedimental y otro sustantivo.

<sup>63</sup> Vid. P. HAMMJE, *loc. cit.*, p. 150.

<sup>64</sup> Así se indica que el recurso contra la validez del acuerdo se realizará ante el *tribunal de grande instance*, ficha 2.

<sup>65</sup> Cf. esta equiparación en la Circular de 2017, ficha 9. Algunos ven en la posibilidad de recurso una exclusión de la eficacia de cosa juzgada; *vid.* en M. PEREÑA VICENTE, *loc. cit.*, pp. 38-39 y referencias allí contenidas.

<sup>66</sup> Caso contrario – es decir, si tuviera un carácter puramente contractual – el régimen jurídico del acuerdo seguiría el sistema de competencia de Bruselas II bis y de ley aplicable de Roma III.

<sup>67</sup> E. D’ALESSANDRO, *loc. cit.*, p. 61.

<sup>68</sup> Así se planteó en el asunto *Schlömp*, en relación con una posible litispendencia vinculada a una conciliación previa ante un órgano de conciliación suizo, considerado “tribunal” a estos efectos STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-467/16: *Schlömp*, ECLI:EU:C:2017:993.

<sup>69</sup> La cuestión es si, desde la perspectiva interna, los notarios o registradores tienen herramientas para paralizar escrituras o inscripciones por decisiones judiciales previas (o procesos abiertos y pendientes fuera) E. D’ALESSANDRO, *loc. cit.*, pp. 70 y 74.

Desde un punto de vista estrictamente procedimental, debe determinarse cuándo se entiende producida la pendencia de un proceso. Iniciado en un ámbito judicial, la cuestión está clara en los Reglamentos UE, que introducen un criterio uniforme vinculante para jueces, pero que también debiera ser considerado por otros profesionales<sup>70</sup>. Iniciado en un ámbito no judicial, dependerá de cada regulación nacional identificar cuándo comienza el “proceso”: si se trata de un mero registro, podría ser inmediato por lo que propiamente podría no haber pendencia; si deben intervenir otros profesionales, como los abogados franceses, mientras se esté negociando el acuerdo será difícil dotar a esta negociación de una fuerza de pendencia para paralizar un proceso judicial. Podría identificarse una fecha de inicio, por ejemplo en el Derecho francés, cuando esté pendiente el período de reflexión que debe transcurrir entre la recepción del proyecto de acuerdo a los cónyuges y su firma<sup>71</sup>. Pero, aun así, ante una eventual demanda judicial posterior ante un tribunal, no está previsto ningún mecanismo de apreciación de una litispendencia porque el art. 20 del Reglamento solo piensa en una pendencia procesal. Para situaciones de este tipo, se ha propuesto una estrategia consistente en iniciar un proceso judicial en Francia y, posteriormente, a través de la pasarela del art. 247 *Code civil*<sup>72</sup>, abrir un mutuo acuerdo.

Entra en juego, entonces, el aspecto sustantivo. Nada impediría que, iniciado un proceso judicial, los cónyuges quisieran reconvertirlo a un mutuo acuerdo extrajudicial. En ese caso, en buena lógica, no es necesario – ni siquiera conveniente – que se impida el mutuo acuerdo por la apreciación de la pendencia de un contencioso. Es más, debería traerse el inicio del mutuo acuerdo para paralizar la continuación del proceso judicial en origen. Cabe lamentar, sin embargo, que Bruselas II ter carezca de una norma similar al art. 8 del Reglamento 650/2012, sobre sucesiones, lo que hubiera facilitado la coordinación entre procedimientos<sup>73</sup>. Por otra parte, desde la perspectiva interna, la pendencia de un proceso judicial puede ser un obstáculo para formalizar un acuerdo privado de divorcio. En ese sentido, el Consejo Superior del Notariado francés recomienda a los notarios que no depositen un divorcio de mutuo acuerdo si está pendiente un proceso judicial: en concreto, los notarios deben pedir que se acredite que tal proceso no esté abierto<sup>74</sup>.

También sería posible la situación inversa: que un mutuo acuerdo iniciado pasara a contencioso judicial<sup>75</sup>. Si el mutuo acuerdo ya se ha registrado, el “proceso” habrá finalizado y, en esta medida, puede invocarse el reconocimiento incidental del acuerdo de divorcio para paralizar el proceso contencioso posterior. Cuestión diferente es si el “proceso” de mutuo acuerdo aún no ha finalizado, por ejemplo, por estar dentro del período de reflexión habilitado por los Derechos nacionales para la firma y ratificación del acuerdo<sup>76</sup>: si, durante ese plazo, uno de los cónyuges plantea una demanda de divorcio contencioso ante tribunales de otro Estado, parece poco probable que se ratifique en el divorcio privado inicial. No obstante, dada la brevedad de los plazos, quizá lo razonable pudiera ser suspender la continuación del proceso a expensas de lo que definitivamente ocurra con el mutuo acuerdo pendiente. Esta brevedad del plazo impediría que se pudiera producir una dilación injustificada, y perjudicial, para el otro cónyuge, como consecuencia de esa suspensión temporal.

En otros casos, la conversión del divorcio consensual en divorcio judicial es preceptivo, como ocurre en el Derecho francés si, en el trámite de audiencia a los menores, estos así lo solicitan. Dándose esta circunstancia, procede el archivo de la tramitación iniciada y la continuación por vía judicial ante el

<sup>70</sup> *Vid.* al efecto el art. 17 del Reglamento Bruselas II ter, en relación con la fecha de iniciación del procedimiento ante un órgano jurisdiccional.

<sup>71</sup> *Vid.* art. 229-4 del *Code civil*.

<sup>72</sup> El art. 247 *Code civil* permite a los cónyuges solicitar, en cualquier momento de un procedimiento judicial, la conversión de un divorcio judicial en consensual notarial.

<sup>73</sup> La articulación podría inspirarse, como decimos, en el art. 8 del Reglamento de sucesiones, en esa idea de coordinar procedimientos judiciales y extrajudiciales, pero no sería exactamente la misma, porque el art. 8 está pensado para procesos judiciales que se hayan abierto de oficio, algo que no ocurre en los procesos de divorcio.

<sup>74</sup> Véase en L.-M. NIBOYET, I. REIN LESTCASTEREYRES y L. DIMITROV, *loc. cit.*, 16.

<sup>75</sup> En este sentido, *vid.* el art. 1148-2 del *Code de procedure civile*.

<sup>76</sup> En el Derecho francés, los cónyuges pueden revocar su consentimiento y renunciar al divorcio hasta el momento del depósito notarial del acuerdo, fecha a partir del cual adquiere fuerza vinculante; *vid.* la Circular de 2017, ficha 6.

tribunal que tenga competencia judicial internacional para ello conforme a Bruselas II ter, sea el tribunal francés o el de otro Estado<sup>77</sup>.

#### IV. Perspectiva de la ley aplicable: el alcance del control en origen

##### 1. La inclusión de los divorcios sin juez en Roma III

23. Queda por determinar si los profesionales intervinientes en un mutuo acuerdo quedan sujetos a las reglas de Derecho aplicable de Roma III. El concepto de “órgano jurisdiccional” de Roma III es muy amplio, al igual que ocurre en Bruselas II bis/II ter. Por ello, se ha defendido su aplicación incluso cuando el Derecho estatal atribuye a los encargados del registro la competencia sobre el divorcio<sup>78</sup>. Sin embargo, tradicionalmente, se ha interpretado que el divorcio privado ha quedado fuera de su ámbito de aplicación: así se ha derivado de su Considerando 10, de su paralelismo con Bruselas II bis y, sobre todo, de la posición del TJUE en el asunto *Sahyouni*. Era un momento en el que el Derecho de los Estados UE tampoco preveían los divorcios no judiciales. Todo apuntaba, por tanto, hacia el no. Sin embargo, es importante valorar el asunto *Sahyouni* en su contexto: se trataba de un divorcio realizado en un tercer Estado, de carácter religioso y, además, unilateral. Había demasiados elementos que podían explicar la respuesta del TJUE en ese caso.

24. El contexto normativo en los Estados UE, como vemos, ha ido cambiando y su influencia, junto con el revulsivo de Bruselas II ter, debe dejarse sentir<sup>79</sup>. Por tanto, no debe hacerse una interpretación retrospectiva de Roma III, sino prospectiva. Claramente se observa aquí la evolución indicada de “abajo hacia arriba”: si en el contexto de Roma III, el planteamiento de un divorcio privado no podía contemplarse a la vista del Derecho comparado, una década después, Bruselas II ter responde a la evolución normativa que se visibiliza en el Derecho francés o italiano. Esta evolución evidencia un crecimiento asimétrico de Bruselas II ter respecto de Roma III. Tratar de mantener el paralelismo en estas circunstancias significa “adaptar” el Reglamento Roma III al nuevo contexto. Formalmente, el articulado de Roma III nos da poco margen, pero tampoco invalida o imposibilita una interpretación inclusiva de los nuevos divorcios privados. Estando amparados los acuerdos privados registrados por el art. 65 de Bruselas II ter, la idea es, como hemos dicho, tratar de adaptar los aspectos accesorios a ese reconocimiento: la competencia judicial ya ha sido analizada; ahora proceder hacer lo propio con el Derecho aplicable.

25. Para el ámbito del Derecho francés, la Circular del Ministerio de Justicia de 2017 defiende la inclusión de su modelo de divorcio privado en Roma III, basándose en los Considerandos 9 y 14 de Roma III<sup>80</sup>: el Reglamento pretende crear un “marco jurídico claro y completo” en materia de ley aplicable al divorcio y se ofrece a los cónyuges la libertad de designar una ley que presente vínculos estrechos. Ciertamente, dejar fuera de Roma III los divorcios privados, nos devuelve al DIPr. de los Estados

<sup>77</sup> P. HAMMJE, *loc. cit.*, p. 150.

<sup>78</sup> G.-P. CALLIES y M. RENNER, *Rome Regulations Commentary*, La Haya, Walters Kluwer, 2020, 3ª ed., p. 926. Una interpretación amplia también se defendió por P. HAMMJE (“Le nouveau règlement (UE) n° 1259/2010 du Conseil du 20 décembre 2010 mettant en œuvre une coopération renforcée dans le domaine de la loi applicable au divorce et à la séparation de corps”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 2011, pp. 291 y ss., apartado 7) destacando que lo que importa es el objeto del procedimiento, no sus modalidades y, por tanto, podrían aplicarlo tanto los órganos jurisdiccionales en sentido estricto como las autoridades administrativas o los notarios, abarcando formas variadas de divorcio, desde un procedimiento judicial a una declaración de voluntad privada simplemente autenticada, o incluso un divorcio puramente privado. Sin embargo, siguen excluidos del ámbito del texto los procedimientos puramente religiosos, puesto que en estos casos la autoridad no interviene en nombre del Estado miembro participante, salvo si ha sido instituida por él.

<sup>79</sup> Es pertinente destacar, en este contexto, el apdo. 45 de la STJUE en el *Sahyouni*, citando las conclusiones del Abogado General: “en el momento de la adopción de este Reglamento, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que participaban en tal cooperación reforzada, sólo los órganos públicos podían adoptar resoluciones con valor jurídico en la materia”.

<sup>80</sup> *Vid.* en la ficha 4 de la Circular.

miembros y a soluciones poco conciliables con la movilidad de personas en la UE; así se ha puesto ya de relieve, por ejemplo, en relación con italianos residentes en Alemania o alemanes residentes en Italia<sup>81</sup>. En consecuencia, no aporta nada excluir este tipo de divorcios de Roma III; antes al contrario, contradice la tendencia imperante y existen argumentos sustantivos que justificarían tal inclusión. Por una parte, debe entenderse subyacente en el Reglamento la protección del mutuo acuerdo entre los cónyuges, de modo que la unificación de reglas de Derecho aplicable trata de evitar una carrera a los tribunales (*race to the court*) de uno de los cónyuges frente a otro con la finalidad de buscar una ley más favorable a la protección de sus intereses<sup>82</sup>; no tendría sentido derivar de Roma III ninguna limitación o restricción a dichos acuerdos. Por otra parte, Roma III no solo protege la autonomía de la voluntad de los cónyuges, sino que incorpora un *favor divortii* en su art. 10, que redundaría en favorecer la vía extrajudicial si ello facilita el divorcio. Finalmente, incluso podría entenderse que la intervención y consideración del “órgano jurisdiccional” asume un papel secundario en Roma III por la propia amplitud del concepto utilizado<sup>83</sup>. Es más, una interpretación paralela con Bruselas II ter, conllevaría una sinergia con las reglas de competencia judicial que, indirectamente, debieran ser un horizonte en la configuración de la competencia y, en medida similar, en la ley aplicable.

26. Si excluir los divorcios privados de Roma III no aporta nada, entonces podemos formular la pregunta a la inversa: si aporta algo la inclusión de estos divorcios en Roma III. Sintéticamente, puede decirse que las aportaciones más relevantes tienen que ver con las garantías del consentimiento de los cónyuges y con la finalidad de evitar, en la medida de lo posible, divorcios claudicantes.

## 2. Función de la ley aplicable en los modelos no judicializados

27. La aplicación actual de Roma III tiene que convivir con modelos que siguen siendo judicialistas (como el alemán), con modelos que ya no lo son (como el francés o el administrativo italiano), junto con modelos intermedios (como el español). En este sentido, se ha planteado la duda sobre si el notario español debe aplicar Roma III o se “revitaliza” al art. 107 C.c. que, en este caso, nos conduciría nuevamente al Reglamento<sup>84</sup>.

28. Para un modelo judicializado, la aparición de divorcios privados en el Derecho comparado no altera su régimen y ni su procedimiento para dictar una resolución de divorcio. En efecto, iniciado un proceso ante un juez alemán, incluso aunque se aplique el Derecho francés (por el art. 5 o por el art. 8 de Roma III), seguirá con el procedimiento judicial establecido en el Derecho alemán. La opción por un divorcio judicial/no judicial es una cuestión procesal, perteneciente a la organización y competencia exclusiva de cada Estado. Por ello, el modelo del art. 229-1 del *Code civil* tiene un componente “procesal” que solo vincula a los abogados y encargados del registro francés; los jueces de otros Estados miembros, solo extraerían de ese precepto una cuestión sustantiva: la admisibilidad del divorcio de mutuo acuerdo. A similar conclusión cabe llegar cuando nos encontremos ante divorcios notariales equivalentes a los judiciales, como sería el caso del Derecho español, de modo que condiciones procedimentales establecidas por la ley extranjera como, por ejemplo, un plazo de reflexión entre la voluntad de divorciarse y su ratificación posterior, deberían considerarse como cuestiones procesales y, por tanto, no aplicables<sup>85</sup>.

<sup>81</sup> Vid. E. JAYME, *loc. cit.*, pp. 75 y ss.

<sup>82</sup> Así se deriva del propio Considerando 9, *in fine*.

<sup>83</sup> Destacaba el propio Abogado General, en el asunto *Sahyouni*, que el divorcio privado no está excluido de forma expresa de dicho ámbito de aplicación (apdo. 60).

<sup>84</sup> Vid. en C. GONZÁLEZ BEILFUSS, “Party Autonomy...”, *loc. cit.*, pp. 315-316. Ver la crítica y la preocupación sobre este punto de S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *loc. cit.*, pp. 19-20.

<sup>85</sup> Esta cuestión se ha planteado, por ejemplo, en relación con el Derecho ecuatoriano que establece un plazo de dos meses entre el escrito manifestando su voluntad de divorciarse y la preceptiva ratificación posterior, *vid.* en “Divorcio notarial de nacionales ecuatorianos residentes en España: problemática y vías de solución”, <http://www.millenniumdipr.com/n-240-divorcio-notarial-de-nacionales-ecuatorianos-residentes-en-espana-problematika-y-vias-de-solucion>

Adicionalmente, para el sistema alemán, Bruselas II ter sí desplaza la posible aplicación de Roma III en su función de control de ley aplicada (o reconocimiento conflictual) respecto de un divorcio privado francés. Recordemos que Bruselas II ter desactiva el art. 17(1) EGBGB, por lo que los divorcios privados registrados tendrán preceptivamente que seguir el reconocimiento procesal del art. 65 del Reglamento.

**29.** Para un modelo no judicialista, el interrogante es si los profesionales o funcionarios no judiciales intervinientes deben aplicar Roma III. Procede una respuesta afirmativa cuando el órgano no judicial ejerce una actividad decisora, como puede ocurrir con los notarios españoles o el encargado del registro civil portugués, quienes asumen una verdadera competencia para valorar de fondo el acuerdo presentado y proceden a dictar una decisión de divorcio, con los mismos efectos que una sentencia judicial<sup>86</sup>.

El interrogante puede parecer superfluo y hasta paradójico: ¿por qué plantearse la vinculación a un sistema de ley aplicable cuando, en realidad, no hay autoridad interviniente con competencias decisorias y todo se basa en un acuerdo de los cónyuges? Ahora bien, si la respuesta es negativa, ¿cómo es posible que exista un espacio sin ley para el que, además, garantizamos un reconocimiento procesal sin control de fondo? Precisamente los riesgos derivados de ese reconocimiento procesal serían un argumento a favor de que todos los intervinientes en un divorcio estuvieran obligados a seguir el sistema de ley aplicable. Lo contrario significaría consagrar el espacio sin ley y, además, hacerlo con el beneplácito de la confianza y reconocimiento mutuos.

Por una parte, ese referente normativo estatal permite fundamentar la propia admisión del divorcio por mutuo acuerdo. Para ello está el art. 5 de Roma III que permitiría partir del modelo de divorcio privado establecido en el Estado de la residencia habitual común, del último lugar de residencia común si uno de ellos aún reside allí o de la nacionalidad de cualquiera de ellos, conexiones todas ellas referidas al momento de la celebración del convenio. En la medida en que, al menos indirectamente, partimos de un Estado competente, también podemos considerar la posibilidad de elegir el Derecho del foro que, siendo formalmente aplicable respecto de un “tribunal”, podría extenderse al notario y registro del Estado correspondiente<sup>87</sup>.

Por otra parte, si la base del divorcio es el acuerdo de los cónyuges, estrictamente no hay aplicación directa de una ley estatal. Lo relevante sería informar a las partes del marco normativo imperativo que puede incidir en la validez y eficacia de los acuerdos de los cónyuges. Por tanto, la referencia de un Derecho estatal debería utilizarse para enmarcar el régimen imperativo de disponibilidad de las partes y cuyo contenido debe trasladarse a los cónyuges por los profesionales que participan en el divorcio. En este sentido, en el Derecho italiano, el divorcio consensual negociado con abogados, estos tienen que certificar que el acuerdo alcanzado es conforme a las normas imperativas y al orden público<sup>88</sup>.

Más dudas se han planteado sobre el papel que desempeña el notario en el Derecho francés. Sustantivamente, está claro que el acuerdo de divorcio ha de cumplir con condiciones legales. En este sentido, la Circular del Ministerio de 2017 somete la validez del acuerdo de divorcio al Derecho de los contratos del art. 1129 del *Code civil* - entendiéndose por tales la existencia de consentimiento de los cónyuges, que sea lícito y claro y que se reúnan las condiciones de capacidad - con algunas particularidades derivadas del Derecho de familia. Así, por ejemplo, podrían considerarse contrarios al orden público una cláusula resolutoria del divorcio, que equivaldría en la práctica a una revocabilidad del divorcio, o pactos de no contraer nuevo matrimonio<sup>89</sup>.

**30.** Cuestión diferente es quién debe asumir ese control: si el notario o a través de una posterior una revisión judicial. La propia Circular de 2017 establece que el notario debe realizar un control de regularidad (pero no de equidad) de la documentación que se le presenta. No obstante, es un hecho

<sup>86</sup> Vid. art. 1776 del Código civil portugués. Así lo destaca también D. HENRICH, *loc. cit.*, p. 40.

<sup>87</sup> Vid. L.-M. NIBOYET, I. REIN LESCATEREYRES y L. DIMITROV, *loc. cit.*, pp. 6 y 7. Cabe observar, sin embargo, que la Circular de 2017 (ficha 4) no cita la ley del foro entre las conexiones posibles.

<sup>88</sup> Cf. art. 5.2 del *Decreto-Legge* n° 132/2014.

<sup>89</sup> Ver también la Circular de 2017, ficha 2.

controvertido y discutido en la propia doctrina francesa si realmente el notario realiza control de legalidad o un mero control formal, como parece derivarse de la literalidad del art. 229-1 del Code Civil y de la Circular de 2017<sup>90</sup>. Dicho control difiere totalmente del legalmente previsto para el divorcio por consentimiento mutuo judicial, en el que el juez solo homologará el acuerdo de divorcio si adquiere la convicción de que la voluntad de cada cónyuge es real y el consentimiento es libre y claro, teniendo expresamente la facultad de rechazar la homologación y no pronunciar el divorcio si constata que el acuerdo garantiza de manera insuficiente los intereses de los menores o de uno de los cónyuges<sup>91</sup>. Subsiste, además, la incógnita de si y cómo los notarios comprueban las condiciones de capacidad mínimas para poder suscribir el acuerdo de divorcio previstas en el art. 229-2.2º, al exigir que ninguno de los cónyuges puede encontrarse bajo un régimen de protección de mayores.

El resto de aspectos que puedan estar incluidos en el acuerdo de divorcio, relativos a la responsabilidad parental o a los alimentos, quedan en todo caso fuera de Roma III y su admisión dependerá de los respectivos Reglamentos aplicables. Considerado de manera aislada la disolución del vínculo, sería irrelevante para Roma III un control de equidad que, como tal, afectaría a la ordenación postmatrimonial del vínculo en cuanto a los hijos o a relaciones patrimoniales. Cuestión diferente sería la identificación de un consentimiento condicionado por alguno de los cónyuges a alguno de los pactos posteriores. Por ejemplo, una aceptación del divorcio a cambio de una generosa compensación económica. En este caso, podríamos preguntarnos si una eventual nulidad o falta de eficacia de esta podría anular o revocar el consentimiento dado. La respuesta debe ser negativa, en la medida en que no cabe someter el divorcio a condición resolutoria. Por este motivo, será entonces esencial que los cónyuges tengan una información precisa sobre el marco legal aplicable a todas las partes del acuerdo para que anticipen y calculen los riesgos para su eficacia transfronteriza. Y esa información debiera entrar dentro de las obligaciones de los profesionales que asesoren a los cónyuges o del encargado del registro antes de su inscripción. Sería otro ejemplo de impacto de “arriba hacia abajo” de los Reglamentos.

**31.** Debería prestarse especial atención a las garantías sobre el consentimiento, considerando que este es la base del divorcio por mutuo acuerdo. La cuestión ha preocupado específicamente en el sector del Derecho de familia por la posible manipulación o control de un cónyuge respecto a otro. Así puede verse, tal y como se ha indicado, en relación con las exigencias de forma en las cláusulas de elección de ley o en las capitulaciones matrimoniales. En el ámbito de Roma III, se imponen aquí los requisitos sobre la forma establecidos en el art. 7 para la cláusula de elección de Derecho aplicable y que están destinados precisamente a garantizar el consentimiento informado<sup>92</sup>. La limitación es que tales garantías solo están operativas para las cláusulas de elección de ley del art. 5; pero no serían aplicables si el Derecho en cuestión se aplica como conexión objetiva del art. 8 de Roma III.

Si el control de consentimiento no entra dentro de las atribuciones de la autoridad interviniente (notario, encargado del registro...), la cuestión es quién y cómo se realiza dicho control en el caso de los divorcios privados. El problema ha sido especialmente advertido por el GEDIP y por la doctrina, tal y como ya se ha comentado. La respuesta sobre “quién” debe hacer el control es complicada si la intervención del profesional es meramente formal. No obstante, la presencia preceptiva de un abogado por cada cónyuge se justifica precisamente para asegurar un asesoramiento y negociación efectiva, lo que ha servido para excluir la aplicación de los criterios de cláusulas abusivas en este contexto<sup>93</sup>. También en este contexto deben valorarse las especiales exigencias de “procedimiento” destinadas a salvaguardar

<sup>90</sup> Conforme a la Ficha 6 de la citada Circular, el notario debe comprobar que se haya respetado el plazo de reflexión, que se hayan cumplido las exigencias formales del art. 229-1 y que consten los anexos correspondientes: el formulario de información del derecho de audiencia de los menores; los documentos públicos en caso de liquidación del régimen económico y prestaciones compensatorias (sin controlar su contenido); y una traducción al francés, si el acuerdo figura en una lengua extranjera. Sin embargo, según ejecutivo L.-M. NIBOYET, I. REIN LESCATEREYRES y L. DIMITROV (*loc. cit.*, p. 8) nos encontramos en este caso ante un control sustantivo, no procedimental, con base en el Art. 229-3, 3º del *Code civil*.

<sup>91</sup> Vid. art. 232 del *Code civil*.

<sup>92</sup> Véase en este sentido el Considerando 19 de Roma III

<sup>93</sup> En ese contexto, la Circular de 2017 del Ministerio de Justicia francés no aplica la exclusión de cláusulas abusivas en la medida en que se supone que la intervención de abogado es para asegurar una negociación efectiva entre los cónyuges (*vid. ficha 2*).

ese consentimiento. No debe obviarse la posibilidad de recurso judicial si, con posterioridad, se descubre que existió un vicio de la voluntad.

## V. Problemas en relación con los efectos del divorcio

**32.** La admisión de la eficacia transfronteriza del divorcio privado del art. 65 de Bruselas II ter queda limitada al ámbito de aplicación del propio Reglamento; esto es, a la disolución del vínculo matrimonial y, en su caso, a los acuerdos relativos a la responsabilidad parental. Cuando la modalidad de divorcio privado admitida por el Derecho nacional solo cubre estos aspectos, el encaje entre la normativa nacional y el Reglamento es posible. El problema se plantea cuando se incluyen en el divorcio pactos económicos, sobre pensiones, alimentos o régimen económico matrimonial. Así ocurre en el Derecho francés<sup>94</sup> y también en la modalidad del Derecho italiano del acuerdo negociado mediante abogados<sup>95</sup>. La fragmentación del postdivorcio en los diversos Reglamentos aplicables multiplica la complejidad sobre el tratamiento de cada uno de estos aspectos. 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. Los cónyuges deben ser advertidos de ese riesgo de acuerdos parcialmente claudicantes, porque, como se ha indicado, no cabe someter el divorcio a una condición resolutoria para el caso de incumplimiento o imposibilidad de ejecución de algunos de los acuerdos. Un consentimiento condicionado debería tenerse por no consentimiento y, por tanto, impedir el registro del mismo; si aun así se registrara, no tendría efecto una resolución posterior porque equivaldría un divorcio revocable que podría ir en contra del orden público del Estado requerido.

### 1. Acuerdos sobre responsabilidad parental

**33.** Respecto a los acuerdos sobre los hijos, la aplicación de Bruselas II ter facilita, parcialmente, la cuestión al incluir, el art. 65, los acuerdos registrados sobre responsabilidad parental en el reconocimiento procesal. En muchos casos, el divorcio consensual se condiciona a que no existan hijos menores o mayores dependientes; pero no siempre ocurre así, como ocurre en el Derecho francés, en la modalidad de asistencia por abogados italiana o en el Derecho portugués. De ser posibles tales acuerdos en el Derecho nacional del Estado del registro, su reconocimiento y ejecución en otros Estados miembros podrá rechazarse fundamentalmente por dos motivos: el control de la competencia judicial internacional y el cumplimiento de las garantías de audiencia de los menores.

**34.** El control de la competencia judicial internacional está implícito, como hemos visto, en el art. 64 en relación con el art. 66.2.a), que solo garantiza la eficacia transfronteriza de un acuerdo registrado en un Estado miembro que sea competente con arreglo a los criterios del Reglamento. El problema se presentará cuando los acuerdos de divorcio afecten a hijos que tengan su residencia habitual en un Estado diferente al del registro, ya sea en otro Estado miembro o ya sea en un tercer Estado parte (o no) del Convenio de La Haya de 1996. Ni siquiera en ese caso podría fundamentarse una competencia de autoridades/tribunales por vinculación estrecha con el menor con base en el art. 10 del Reglamento, porque el ejercicio de esa competencia está supeditado a una valoración “por el órgano jurisdiccional” sobre su conveniencia en interés del menor (art. 10.1).

<sup>94</sup> El art. 229-3 *Code civil* determina el contenido del acuerdo de divorcio para que sea válido, y que incluye los efectos del divorcio, incluida, en su caso, una pensión compensatoria, así como la mención de que el menor haya sido informado.

<sup>95</sup> Es la modalidad del art. 6 *Decreto-Legge* n° 132/2014.

Debe subrayarse la solución específica dada por el Código civil portugués en este ámbito. Recordemos que su modelo de divorcio administrativo implica, en realidad, una actividad decisora por parte del encargado del registro que, para el caso de menores, requiere contar con una certificación judicial sobre la regulación de la responsabilidad parental o, si no, una remisión al Ministerio Fiscal del juzgado de 1ª instancia competente en función de la circunscripción al que pertenece el registro para que se pronuncie sobre el mismo<sup>96</sup>. Tal remisión funcionaría en clave territorial; para la competencia judicial internacional, procedería una remisión al tribunal internacionalmente competente. Lo mismo ocurre en la modalidad de asistencia letrada del Derecho italiano, en el que la presencia del Ministerio Fiscal está precisamente para asegurar el acuerdo en interés de los menores.

**35.** Por otro lado, el derecho de audiencia del menor es un obstáculo al reconocimiento y/o ejecución también por la ausencia de un control judicial que garantice dicho derecho. En este sentido, la ley francesa prevé el trámite de audiencia del menor únicamente a través de un formulario remitido y cumplimentado por los padres, pero sin control judicial y el control del notario se limita a que tal formulario conste entre los anexos de la documentación presentada<sup>97</sup>. La judicialización sería imprescindible para su eficacia transfronteriza, ya sea con intermediación del juez francés o, si los menores se encuentran en otro Estado, abriendo la vía de la cooperación judicial internacional para garantizar esa audiencia. Por una parte, la certificación del acuerdo no deberá expedirse por la autoridad de origen si existen indicios de que su contenido es contrario al interés superior del menor (art. 66.3). En otro caso, solo existirá un motivo de denegación al reconocimiento y/o ejecución del art. 68.3, que establece una previsión un tanto laxa al indicar que solo cabe la denegación si se ha registrado el acuerdo “sin haber dado al menor capaz de formarse sus propios juicios la posibilidad de expresar su opinión” sin prever un procedimiento al efecto. Cabe entender que este debería ser especialmente garantista y con algún tipo de supervisión judicial<sup>98</sup>. Y, desde luego, debe serlo si se pretende el reconocimiento del acuerdo de visitas del menor como “resolución privilegiada” del art. 42, que exige el cumplimiento de las garantías específicas sobre audiencia del menor<sup>99</sup>.

En este contexto, si no podemos garantizar la eficacia transfronteriza de los acuerdos, la propuesta de la Circular del Ministerio de Justicia francés sería que las partes acudan al Juez de familia para aprobar el acuerdo sobre el ejercicio de la responsabilidad parental en los términos del art. 1143 del *Code de Procedure civile*. Se hace imprescindible acudir finalmente a un juez<sup>100</sup>.

## 2. Acuerdos sobre alimentos

**36.** Por lo que a la competencia se refiere, los profesionales intervinientes no van a quedar vinculados por ninguno de los Reglamentos potencialmente aplicables como reglas de competencia directas y solo en el ámbito de Bruselas II ter, los foros establecidos van a funcionar como reglas indirectas de competencia para los acuerdos relativos a la responsabilidad parental, en los términos indicados en el art. 64. Para el resto de Reglamentos, los criterios de competencia ni siquiera tendrán esa función de control indirecto en la medida en que no incluyen en su ámbito de aplicación el reconocimiento de los acuerdos privados.

No obstante, se plantea una lectura “difícil” cuando la competencia se basa en la accesoriadad de los “tribunales” del Estado que esté conociendo del divorcio. Esa accesoriadad aparece como compe-

<sup>96</sup> Art. 1776A del Código civil.

<sup>97</sup> Es manifiesta la posición crítica de los juristas franceses en este punto, siendo este uno de los aspectos denunciados por los juristas franceses ante la Comisión Europea (*vid. supra*). P. HAMMJE (“Le divorces par consentement...”, *loc. cit.*, p. 149) claramente pone de relieve que la audiencia al menor solo se realiza por los padres a través de un formulario, pero sin control judicial. *Vid.* también H. GAUDEMET-TALLON, *loc. cit.*, pp. 98 y ss.

<sup>98</sup> Es significativo en este sentido que el art. 229-3 del *Code civil* incluye entre su contenido preceptivo la información por los padres del derecho de audiencia judicial del menor en los términos del art. 388.1 del mismo Código y este precepto establece que “*Le juge s'assure que le mineur a été informé de son droit à être entendu et à être assisté par un avocat*”.

<sup>99</sup> *Vid.* las garantías establecidas en el art. 21, en relación con el art. 47. *Vid.*, a propósito del art. 41 del Reglamento Bruselas II bis P. HAMMJE, “Le divorces par consentement...”, *loc. cit.*, p. 152.

<sup>100</sup> *Cf.* la Circular de 2017, ficha 10: L.-M. NIBOYET, I. REIN LESCOSTERYRES y L. DIMITROV, *loc. cit.*, p. 12.

tencia exclusiva en el art. 5 del Reglamento 2016/1103, que analizaremos posteriormente, y como una competencia alternativa para los alimentos en el art. 3 del Reglamento 4/2009. En este último caso, la competencia se establece en función del órgano jurisdiccional concreto que esté conociendo de la demanda sobre estado civil. Ese órgano se define con las exigencias del art. 2.2, que requiere una verdadera actividad decisora, lo que excluye a los profesionales que participan en los acuerdos de divorcio.

**37.** Respecto a la eficacia transfronteriza, esta queda condicionada a que se trate de resoluciones judiciales, con actividad decisora, de transacciones judiciales o de verdaderos documentos públicos, en los que haya intervenido una autoridad con el control de legalidad de contenido que exige el art. 2.3) del Reglamento 4/2009<sup>101</sup>. En la medida en que no existe ninguna previsión sobre los acuerdos registrados, debe identificarse concretamente en cada caso ante qué título nos encontramos y la ejecución del acuerdo dependería de los Derechos nacionales, sin que, por el momento, el Derecho español tenga una previsión más allá del efecto constitutivo-registral de la DA 3ª LJV y del art. 98 LRC, es decir, sometido a un reconocimiento conflictual<sup>102</sup>. Quizá pueda plantearse la elevación del acuerdo a una transacción judicial para lograr una eficacia ejecutiva por esta vía<sup>103</sup>.

**38.** Desde la perspectiva material, la validez de los acuerdos sobre alimentos podría sustentarse en una extensión del art. 8 del Protocolo La Haya 2007, que permite la elección de la ley del divorcio. Pero aún en este caso deberían superarse varios condicionantes: el primero, extender el Protocolo de La Haya a un modelo no judicialista, lo que no debería entenderse problemático porque no establece un presupuesto de aplicación en función del juez; el segundo, cumplir las garantías formales del art. 8, especialmente relevantes como garantía del consentimiento; finalmente, respetar las limitaciones expresas sobre la posibilidad de renuncia a los alimentos o el respeto a la equidad, de los apdos. 4 y 5 del art. 8, que podrían activar el orden público.

### 3. Acuerdos sobre régimen económico matrimonial

**39.** En el art. 5 del Reglamento UE 2016/1103, la accesoriadad se establece en función de la competencia de “los órganos jurisdiccionales” del Estado competentes conforme a Bruselas II bis (ahora Bruselas II ter). Estrictamente entendido, ya indicamos que tales reglas de competencia sin funcionar como criterios vinculantes para los profesionales intervinientes, tienen eficacia indirecta para el reconocimiento. Trasladado tal planteamiento al Reglamento REM, se admite una interpretación amplia de órgano jurisdiccional, en el sentido de extenderse a otras autoridades y profesionales, definidos en el art. 3.2, pero siempre pensando en que dicten una resolución judicial, esto es, que desarrollen una actividad decisora. El “órgano jurisdiccional” en cuestión atrae para el Estado correspondiente la competencia para la liquidación del régimen matrimonial, aunque divorcio y liquidación se efectuasen por diferentes autoridades<sup>104</sup>.

Así ocurrirá para el caso del Derecho español, respecto de la competencia de los notarios españoles, cuando intervienen en el divorcio<sup>105</sup>, que tendrán la cualidad de los órganos jurisdiccionales porque su función es la de aprobar el divorcio después de haber comprobado los requisitos de fondo y

<sup>101</sup> La Circular de 2017 excluye claramente la eficacia ejecutiva transfronteriza del Reglamento de alimentos de los divorcios notariales franceses.

<sup>102</sup> Véase con precisión

<sup>103</sup> En este sentido, N. MARCHAL ESCALONA, *loc. cit.*, p. 490.

<sup>104</sup> *Vid.* el problema en I. BARRIÈRE BROUSSE, “Le patrimoine des couples internationaux dans l’espace judiciaire européen. Les règlements européens du 24 juin 2016 relatifs aux régimes matrimoniaux et aux effets patrimoniaux des partenariats enregistrés”, *Journ. dr. int.*, 2017, pp. 485 y ss., esp. p. 506.

<sup>105</sup> *Vid.* arts. 82 y 87 C.c. El artículo 89 queda redactado del siguiente modo: “Los efectos de la disolución del matrimonio por divorcio se producirán desde la firmeza de la sentencia o decreto que así lo declare o desde la manifestación del consentimiento de ambos cónyuges otorgado en escritura pública conforme a lo dispuesto en el artículo 87. No perjudicará a terceros de buena fe sino a partir de su respectiva inscripción en el Registro Civil.”

demás presupuestos que les habilitan a dictar ese divorcio<sup>106</sup>. Esto obliga a interpretar el art. 54 de la Ley del Notariado como criterio de competencia territorial que debe adaptarse a los criterios de competencia judicial internacional del Reglamento<sup>107</sup>. En este contexto, la competencia de los notarios se vinculará a la competencia por accesoriadad con el proceso de divorcio, dado que su intervención se va a producir cuando, en un divorcio por mutuo acuerdo, se acompañe una propuesta de acuerdo sobre la liquidación del régimen económico matrimonial<sup>108</sup>. Si se ha concluido que un notario que aprueba un divorcio por mutuo acuerdo es tribunal para Bruselas II bis, en coherencia debe serlo también a los efectos de la liquidación de ese régimen.

La cuestión es qué ocurrirá en una modalidad de divorcio tipo francés, donde el notario no tiene esa competencia decisora. En este caso, ¿podría derivarse del art. 5 del Reglamento 2016/1103 una atribución de competencia a los tribunales franceses basado en la accesoriadad del divorcio depositado ante notario en dicho Estado? Funcionalmente tal interpretación sería posible, en la medida en que la accesoriadad no atribuye competencia a un órgano jurisdiccional en concreto y se respeta la autonomía organizativa del Estado del divorcio (en el caso, Francia). En todo caso, sería imprescindible que los aspectos relativos al régimen económico matrimonial se llevaran ante un juez para beneficiarse del régimen de reconocimiento y ejecución del Reglamento. Otra solución - es decir, entender descartado el art. 5 en este caso - conllevaría aplicar los criterios de competencia judicial internacional generales del Reglamento (sumisión del art. 7 o foros objetivos del art. 6), cuyos tribunales, en puridad, solo podrían conocer cuando el divorcio se hubiera registrado en Francia y reconocido en el Estado en cuestión vía art. 65 de Bruselas II ter. En esos supuestos, volvemos a tropezar con las dificultades de la aplicación de la conexidad del art. 20, respecto de un divorcio privado sin demanda judicial previa.

**40.** Por lo que a la disolución y liquidación del régimen económico matrimonial se refiere, será la ley rectora del régimen matrimonial la que determine la aptitud del acuerdo privado para disolver un régimen económico matrimonial y su liquidación. En todo caso, la ejecución de un acuerdo privado registrado que incluya pactos sobre régimen económico no queda incluido en el ámbito del Reglamento (UE) 2016/1103, que mantiene en este punto la línea tradicional del resto de los Reglamentos de la división entre resolución judicial y documento público.

## VI. Conclusiones

**41.** La contractualización del Derecho de familia abre un nuevo espacio de soluciones, no judiciales, para la configuración de las relaciones jurídicas. Se deriva un doble impacto, ascendente y descendente, de los Derechos nacionales a los Reglamentos y viceversa.

Hacia arriba, se observa una progresiva ampliación del concepto de órgano jurisdiccional, para incluir a profesionales ajenos a la Administración de Justicia, en consonancia con el papel atribuido en

<sup>106</sup> Estamos ante uno de los supuestos en los que el notario asume un poder “decisor”, no vinculado por la voluntad de las partes, dado que puede realizar un control de lesividad; es decir, puede denegarlo si, a su juicio, es dañoso o gravemente perjudicial para uno de los cónyuges o para los hijos mayores o menores emancipados. Las decisiones notariales producen, en este contexto, los mismos efectos que la decisión judicial y serán recurribles judicialmente J.M. VARA GONZÁLEZ y J. PÉREZ HEREZA, “Separación y divorcio ante notario”, en C.P. BARRIO DEL OLMO, (Coord.), *Jurisdicción Voluntaria Notarial*, Navarra, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 393 y ss., esp. p. 378.

<sup>107</sup> En la misma clave, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “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 y ss., esp. pp. 273 y ss.; P. DE MIGUEL ASENSIO, *loc. cit.*, p. 167. Debe tenerse en cuenta, en todo caso, la estrecha vinculación entre el divorcio notarial español y la aplicación del Derecho español como criterio adicional de competencia de los notarios, *vid.* en J.M. VARA GONZÁLEZ y J. PÉREZ HEREZA, *loc. cit.*, pp. 393 y ss.

<sup>108</sup> *Vid.* P. JIMÉNEZ BLANCO, *Regímenes económicos matrimoniales transfronterizos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, pp. 243 y ss. En este sentido, *vid.* el art. 95 C.c. “La sentencia firme, el decreto firme o la escritura pública que formalicen el convenio regulador, en su caso, producirán, respecto de los bienes del matrimonio, la disolución o extinción del régimen económico matrimonial y aprobará su liquidación si hubiera mutuo acuerdo entre los cónyuges al respecto”, en relación con el art. 1392 C.c. que suprimió la exigencia de separación “judicial”.

los Derechos nacionales. Adicionalmente, con Bruselas II ter se han equiparado los acuerdos privados registrados a las resoluciones judiciales.

Hacia abajo, las condiciones impuestas por Bruselas II ter para la eficacia transfronteriza de los acuerdos de divorcios, obligan a los legisladores a autolimitar sus modelos; y a los profesionales que participan en los mismos a asesorar adecuadamente a sus clientes.

**42.** La ventaja del nuevo sistema es la simplificación del reconocimiento y su consolidación como instrumento esencial, en detrimento de las técnicas de Derecho aplicable. Se abre aquí una nueva vía para dotar de eficacia a los acuerdos alcanzados en una mediación, siempre que tengan fuerza vinculante en el Estado de origen. Los riesgos derivan de una extensión del reconocimiento y confianza mutuos a actos sin juez ni autoridad, que pueden consolidar la eficacia de divorcios sin garantías.

**43.** La situación actual muestra un crecimiento asimétrico de los Reglamentos e incoherencias internas y externas. Desde una perspectiva interna del Reglamento (UE) n° 2019/1111, cabe subrayar la paradoja de extender la autonomía de la voluntad en el reconocimiento sin hacer lo propio en la competencia. Adicionalmente, se ha fortalecido un sistema de reconocimiento sin adaptar los mecanismos de litispendencia y conexidad entre procesos judiciales y vías no judiciales. Desde una perspectiva externa, se genera una descoordinación con el resto de los instrumentos aplicables al postdivorcio. A las conocidas dificultades derivadas de esta fragmentación normativa, se añaden ahora divorcios privados que pueden ser semiclaudicantes: eficaces en cuanto a la disolución del vínculo, pero no en cuanto a sus efectos en relación con los hijos, los alimentos y la liquidación del régimen económico matrimonial.