



## EL CÓDIGO CIVIL ESPAÑOL ANTE EL TJUE (REGLAMENTO 2201/2003 MEDIANTE)\*

*M<sup>a</sup> Victoria Cuartero Rubio\*\**

*Catedrática de Derecho internacional privado  
Universidad de Castilla-La Mancha*

*Fecha de publicación: 11 de octubre de 2022*

**Resumen:** Divorcio no judicial ante notario español cuya eficacia extraterritorial se pretende en Alemania: ¿se trata de una “resolución judicial” en el sentido del Reglamento 2201/2003? El tribunal alemán ha planteado cuestión prejudicial y los arts. 82, 87, 89 y 90 del Código Civil español están sobre la mesa del TJUE.

1. Una parte, de nacionalidad alemana, y otra parte, de nacionalidad holandesa, contrajeron matrimonio en 2003 en la Oficina del Registro civil en Alemania. Se separaron en 2020. En septiembre de 2020 la parte alemana se trasladó a vivir a España; también lo hizo la parte holandesa en febrero de 2021, de manera que la residencia habitual actual de las dos partes es España. Por esta razón, presentada en septiembre de 2021 demanda de divorcio ante los tribunales alemanes por la parte alemana, el tribunal se declaró incompetente. El 22 de octubre de 2021 las partes acudieron a un notario español al objeto de concluir el divorcio de mutuo acuerdo. Declararon ante notario no tener hijos dependientes y estar de acuerdo en las consecuencias del divorcio. Trasladado el documento notarial apostillado a las autoridades alemanas, se denegó la actualización de los datos registrales alegándose que el acta notarial debía pasar un previo procedimiento de reconocimiento de conformidad con el art. 107 FamFG<sup>1</sup>. La parte

---

\* Trabajo realizado en el marco de la ayuda para la realización de proyectos de investigación científica y transferencia de tecnología, de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha cofinanciadas por el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) para el Proyecto titulado “Protección de consumidores y riesgo de exclusión social en Castilla-La Mancha” (PCRECLM) con Ref.: SBPLY/19/180501/000333 dirigido por Ángel Carrasco Perera y Ana Isabel Mendoza Losana. Asimismo, esta publicación es parte del proyecto de I+D+i “El derecho al respeto a la vida familiar transfronteriza en una Europa compleja: cuestiones abiertas y problemas de la práctica” - PID2020-113061GB-I00, financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033.

\*\* ORCID ID: <http://orcid.org/0000-0002-6275-9333>

<sup>1</sup> Gesetz über das Verfahren in Familiensachen und in den Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit.



alemana solicitó entonces al Ministerio de Justicia alemán el reconocimiento del divorcio declarado por el acta notarial española. El Ministerio denegó el reconocimiento por Decisión de 31 de enero de 2022. El procedimiento llegó al Kammergericht, que considerando potencialmente aplicable al caso el Reglamento 2201/2003<sup>2</sup>, ha planteado cuestión prejudicial de interpretación al TJUE<sup>3</sup>, asunto C-304/22, en los siguientes términos:

*"Se plantean las cuestiones prejudiciales interpretativas siguientes en relación con los artículos 1, apartado 1, letra a), 2, punto 4, 21, apartado 1, y 46 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000:*

*1. En el supuesto del divorcio o la separación matrimonial regulados en los artículos 82, 87, 89 y 90 del Código Civil español, ¿existe una resolución judicial relativa al divorcio a los efectos del Reglamento Bruselas II bis?*

*2. En caso de respuesta negativa a la primera cuestión: ¿deben tratarse conforme a lo previsto en el artículo 46 del Reglamento Bruselas II bis acerca de los documentos públicos y acuerdos el divorcio o la separación matrimonial regulados en los artículos 82, 87, 89 y 90 del Código Civil español?"*

2. El tribunal alemán justifica el planteamiento de la cuestión prejudicial con esta argumentación:

1) El tribunal expone que la anulación, nulidad o disolución del matrimonio en el extranjero solo se reconoce si la autoridad alemana (administrativa y judicial, en su caso) ha constatado que se cumplen las condiciones para su reconocimiento, conforme al art. 107.1 primera frase FamFG. Sin embargo, sigue el tribunal, en el caso de autos no procede esta vía dado que se trata de una decisión a la que se aplica el Reglamento Bruselas II bis.

---

<sup>2</sup> La norma controvertida es el Reglamento (CE) n° 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental (DO L 338, de 23.12.2003). Como es sabido, este Reglamento ha sido conocido tradicionalmente como Reglamento Bruselas II bis (sucesor de Bruselas II, esto es, el Reglamento (CE) n° 1347/2000). Bruselas II bis ha sido sustituido recientemente por el 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 en materia de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores (DO L 178, de 2.7.2019). Este último Reglamento puede verse referido como Bruselas II ter. La Unión Europea ha acuñado una terminología nueva para esta "familia Bruselas II": Bruselas IIa para el Reglamento 2201/2003-Bruselas II bis y Bruselas IIb para el Reglamento 2019/1111-Bruselas II ter.

<sup>3</sup> Petición de decisión prejudicial planteada por el Kammergericht Berlin (Alemania) el 10 de mayo de 2022 — PM / Senatsverwaltung für Justiz, Vielfalt und Antidiskriminierung.



En el seno de este Reglamento, las decisiones son reconocidas entre los Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno (art. 21.1) por lo que un procedimiento como el previsto en la norma alemana no es concebible.

2) Explica el tribunal remitente que, dado que los esposos están de acuerdo en las consecuencias del divorcio y no tienen hijos dependientes, conforme al Derecho español es posible el divorcio no judicial, que, de arbitrase por la vía notarial, culmina en un acta notarial. El notario ha de comprobar que el convenio no sea perjudicial o muy desfavorable para una de las partes o para los hijos mayores o emancipados. En caso contrario, debe rechazarlo y la autorización del convenio pasa al juez. Asimismo se explica la equivalencia con el procedimiento cuando se sigue ante el letrado de la Administración de Justicia.

3) Se recuerda que los procedimientos extrajudiciales de divorcio de mutuo acuerdo han sido acogidos en varios Estados miembros, que esta posibilidad se discutió en Alemania aunque no culminó, y que, hasta el momento, no se ha establecido si estas decisiones extrajudiciales de divorcio son resoluciones en el sentido del art. 21.1 Reglamento Bruselas II bis. El tribunal expone entonces que el asunto se ha planteado ante los tribunales alemanes con ocasión de un divorcio no judicial dictado por autoridad italiana, que el asunto llegó al Bundesgerichtshof y se planteó cuestión prejudicial, aún pendiente. Se trata del asunto C-646/20<sup>4</sup>.

4) El caso de autos, sigue el tribunal, comparte las cuestiones que originaron aquella cuestión prejudicial planteada por el Bundesgerichtshof. En síntesis: si el divorcio notarial español es una decisión en los términos del art. 21 del Reglamento no procede la demanda ex art. 107 Fam FG sino las vías establecidas por el Reglamento. En este sentido:

a) El TJUE ha interpretado que solo los divorcios declarados por autoridad judicial o una autoridad pública o bajo su control entran en el ámbito de aplicación del Reglamento

---

<sup>4</sup> Los términos de la cuestión remitida eran los siguientes:

*“Se plantean las siguientes cuestiones prejudiciales relativas a la interpretación de los artículos 1, apartado 1, letra a); 2, punto 4; 21, apartado 1, y 46 del Reglamento (CE) n.º 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º 1347/2000:*

1. *¿La disolución de un matrimonio en virtud del artículo 12 del Decreto Ley italiano (Decreto Legge) n.º 132 de 12 de septiembre de 2014 (DL n.º 132/2014) constituye una resolución judicial relativa al divorcio a los efectos del Reglamento Bruselas II bis?*

2. *En caso de respuesta negativa a la primera cuestión: ¿debe tratarse la disolución del matrimonio en virtud del artículo 12 del Decreto Ley italiano (Decreto Legge) n.º 132 de 12 de septiembre de 2014 (DL n.º 132/2014) conforme a lo previsto en el artículo 46 del Reglamento Bruselas II bis acerca de los documentos públicos y acuerdos?”.*



Roma III<sup>5</sup> y que esta comprensión se ha de extender al Reglamento Bruselas II bis<sup>6</sup>. El Bundesgericht entiende entonces que deben excluirse aquellos supuestos en que la intervención de la autoridad estatal se limite a las funciones de advertencia, aclaración, prueba o asesoramiento (en opinión del Bundesgericht, el caso en el asunto C-646/20).

b) El recurso invoca cita doctrinal que sostiene que el divorcio notarial español quedaría fuera del ámbito del Reglamento pues descansa únicamente en las declaraciones de los cónyuges ante notario.

c) Finalmente, el juez alemán aprecia que las atribuciones que el Derecho español asigna a la autoridad van más allá de las atribuidas por el Derecho italiano; y además, sin que haya diferencia entre la intervención de notario o de letrado de la Administración de Justicia: los dos han de revisar las disposiciones del convenio, tanto en forma cuanto en fondo y, si tienen serias dudas, han de rechazarlo. Asimismo, el Derecho español establece la protección del cónyuge “más débil” requerida por el Bundesgerichtshof en el caso que le compete. Al fin, plantea el tribunal alemán, sustancialmente el procedimiento ante el letrado o el notario solo difiere en la forma de la decisión adoptada (acta notarial, en el caso del notario), lo que no justificaría un tratamiento diferente.

5) El reconocimiento ex art. 46 del Reglamento de los divorcios privados como los de los casos referidos es una cuestión discutida. La opinión de los tribunales alemanes va en la dirección de rechazarlo, pero, sostiene el órgano remitente, es preciso que la cuestión sea resuelta por el TJUE.

6) Por último, se recuerda que la entrada en vigor del Reglamento 2019/1111, de 25 de junio de 2019 no se opone al planteamiento de la presente cuestión en los términos precitados.

3. Este es el caso y la motivación de la cuestión prejudicial planteada. Lo que está en debate es la naturaleza del divorcio no judicial, primero, a efectos del Derecho internacional privado que, en el caso, se concreta en el Reglamento Bruselas IIa, pero inevitablemente el análisis alcanza al Derecho civil de los Estados miembros: en el asunto

---

<sup>5</sup> Reglamento (UE) 1259/2010 del Consejo, de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, DO L 343, de 29.12.2010.

<sup>6</sup> STJUE de 20 de diciembre de 2017, Sahyouni, C-372/16 (entre otros, véase el comentario de S. Álvarez González, “Sahyouni más allá del espejo. un comentario posible a la STJ de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16)”, M<sup>a</sup> V. Cuartero Rubio, M.<sup>a</sup> V. (coord.), “Crónica de Derecho internacional privado”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, núm. 35, junio 2018, pp. 15-20. Disponible en: <http://www.reei.org/index.php/revista/num35/cronicas/cronica-derecho-internacional-privado>).



C-646/20 el Derecho civil italiano, en el asunto C-304/22 el Código Civil español. La diversidad normativa de los divorcios privados aboca a este análisis casuístico.

Aunque todavía pendiente de Sentencia, el asunto C-646/20 ya tiene Conclusiones del Abogado General. En sus Conclusiones, tras un estudio detenido según los distintos criterios hermenéuticos, el Abogado General propone resolver la cuestión en el sentido de considerar incluidos en el concepto de “resolución judicial de divorcio” del Reglamento los supuestos como el planteado por el Derecho italiano. Sin prejuzgar cuál sea la solución finalmente adoptada por el Tribunal de Justicia en el caso del divorcio no judicial italiano, vista la configuración del régimen de los divorcios no judiciales controvertidos en los dos casos, así como las razones posibles para el rechazo, parece inmediato que, de admitirse como “resolución judicial” a efectos del Reglamento los supuestos generados por el Derecho italiano, quedarían con mayor motivo incluidos los nacidos al amparo de la regulación española. De no acogerse la solución de máximos propuesta por el Abogado General, la resolución del asunto C-304/22 sobre el divorcio notarial español precisaría repetir el análisis ya realizado sobre la regulación italiana, ahora respecto del Código civil español.

La decisión del TJUE determinará si el divorcio notarial español entra en el ámbito de aplicación del Reglamento 2202/2003, ya como resolución judicial, ya como documento, y, por tanto, esto es lo relevante en punto a su eficacia extraterritorial, si y con qué alcance queda cubierto por el principio de reconocimiento mutuo en su circulación intracomunitaria. En este sentido, es significativo que inicialmente el asunto se siguiera sobre la base del Derecho interno alemán y que el propio tribunal alemán remitente reubicara el asunto en el marco del Reglamento. Lo cierto es que la inclusión en el Reglamento del divorcio ante notario del Derecho español es asumida por la doctrina por cuanto el notario puede considerarse dentro del concepto amplio y autónomo de “órgano jurisdiccional” que define el art. 2.2.1 del Reglamento y, en todo caso, para futuros casos resultaría incluido en el nuevo Reglamento 2019/1111, sustituto del Reglamento 2202/2003 y de aplicación en su totalidad a los procedimientos incoados, documentos públicos formalizados o registrados y a los acuerdos registrados desde el 1 de agosto de 2022 (arts. 100.1 y 105.2)<sup>7</sup>. En este sentido, el Considerando 14 del Reglamento 2019/1111 establece pautas interpretativas para distinguir aquellos casos, dentro del ámbito de aplicación, que serían calificados como “resolución” de aquellos que serían “documento” (a los que se refiere el art. 65.1), así como supuestos que quedarían al

---

<sup>7</sup> Véase, por ejemplo, N. Marchal Escalona, *El divorcio no judicial en Derecho internacional privado*, Madrid, Thomson Reuters-Aranzadi, 2022, pp. 49-52 o A. Rodríguez Benot, “Artículo 2. Definiciones”, G. Palao Moreno (dir.), *El nuevo Derecho europeo en materia matrimonial, de responsabilidad parental y sobre sustracción de menores: comentarios al Reglamento 2019/1111*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2022, pp. 62-63.



margen del Reglamento<sup>8</sup>. La Comunicación de España ex art. 103 del Reglamento 2019/1111 relativa a las autoridades españolas a las que se refiere el art. 1.1.a), esto es, divorcio, separación legal y nulidad matrimonial, incluye notarios y letrados de la Administración de Justicia<sup>9</sup>.

---

<sup>8</sup> “Según la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, debe darse al término «órgano jurisdiccional» un sentido amplio, a fin de abarcar igualmente a las autoridades administrativas u otras autoridades, como los notarios, que tienen competencia en ciertas cuestiones en materia matrimonial y de responsabilidad parental. Todo acuerdo que apruebe el órgano jurisdiccional después de haber examinado su fondo de conformidad con el Derecho y los procedimientos nacionales debe ser reconocido o ejecutado como una «resolución». Cualquier otro acuerdo que adquiera efecto jurídico vinculante en el Estado miembro de origen tras la intervención formal de una autoridad pública o de otra autoridad comunicada por un Estado miembro a la Comisión para tal fin debe hacerse efectivo en los demás Estados miembros con arreglo a las disposiciones específicas del presente Reglamento sobre documentos públicos y acuerdos. El presente Reglamento no debe autorizar la libre circulación de acuerdos meramente privados. Sí debe autorizar, en cambio, la circulación de los acuerdos que no sean ni una resolución ni un documento público, pero que hayan sido registrados por una autoridad pública competente para hacerlo. Entre tales autoridades públicas pueden figurar los notarios que registren acuerdos, aun cuando estén ejerciendo una profesión liberal” (Considerando 14).

<sup>9</sup> [https://e-justice.europa.eu/37842/ES/brussels\\_iib\\_regulation\\_matrimonial\\_matters\\_and\\_matters\\_of\\_parental\\_responsibility\\_recast\\_?SPAIN&member=1](https://e-justice.europa.eu/37842/ES/brussels_iib_regulation_matrimonial_matters_and_matters_of_parental_responsibility_recast_?SPAIN&member=1)