



O F I C I O

S/REF:

N/REF:

FECHA: 7 de junio de 2016

ASUNTO: *Resolución consulta*

**ANUARIO**

Consulta formulada por el Notario de Bilbao don Javier Vinader Carracedo, a través del Il. Colegio Notarial del País Vasco, en relación a ciertos efectos internacionales del divorcio ante Notario.

## ANTECEDENTES DE HECHO

### I.- SOLICITUD DE INFORME

El Notario señor Vinader Carracedo formula, de conformidad con el artículo 70 del Reglamento notarial la siguiente consulta:

«La Ley 15/2015 de 2 julio de Jurisdicción Voluntaria, reconoce a los Notarios, junto a los Letrados de la Administración de Justicia, de forma alternativa, el conocimiento de las separaciones y divorcios de mutuo acuerdo, siempre que no existan hijos menores o incapacitados. La nueva regulación introducida en el Código Civil y en la Ley del Notariado no contiene norma alguna especial para esta materia en relación a la competencia internacional.

Parece por tanto aplicable las normas de Derecho Internacional Privado a las que se remite el artículo 107 del Código Civil, entre las cuales destacan : El Reglamento (UE) no 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, y el Reglamento (CE) del Consejo nº 2201/2003 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental.

A la luz de dichas disposiciones se plantean las siguientes cuestiones a la Dirección General de los Registros y del Notariado:

La aplicación de dichas normas pueden dar lugar a que los órganos jurisdiccionales españoles sean competentes para conocer una separación o divorcio sujeto a la ley española de matrimonio formado por dos personas de nacionalidad extranjera e inscrito en país extranjero. En estos casos el Reglamento 2201/2003 establece en el artículo 21 que las resoluciones dictadas en un Estado miembro serán reconocidas en los demás



Estados miembros sin necesidad de recurrir a procedimiento alguno, señalando en su artículo 23 que la parte que invocare o se opusiere al reconocimiento de una resolución o solicitare la expedición de una declaración de ejecutoriedad deberá presentar: a) una copia de dicha resolución que reúna los requisitos necesarios para determinar su autenticidad, y... b) el certificado contemplado en el artículo 39.

Teniendo en cuenta la competencia de los Notarios españoles en materia de separación y divorcio se plantea la aplicación a los mismos de las referidas normas y, en caso afirmativo, determinar el órgano competente, en su caso, para la expedición del referido certificado, si es que se considera preceptivo.

Así mismo la aplicación de las referidas normas puede dar lugar a declarar competente a los órganos jurisdiccionales españoles para conocer de divorcios o separaciones de matrimonios en que no resulte aplicable la ley española, por lo que se plantea si esa competencia es extensible a los Notarios españoles.

A este respecto las dudas del consultante surgen a la luz de la íntima conexión entre la cuestión competencial y el régimen sustantivo: la competencia notarial sólo cobra sentido y, tal vez, sólo es posible en el marco de un sistema normativo de divorcio consensual sin otro presupuesto objetivo distinto de la exigencia de una duración mínima. Precisamente, por ello y sólo para el caso en que, con carácter general, se considerase que los Notarios pueden ser competentes para conocer de una separación o divorcio sujeto a una ley extranjera se plantea adicionalmente consulta sobre dos cuestiones:

-¿Se debe admitir la competencia notarial de forma indiscriminada o habría que tener en cuenta el contenido de la legislación extranjera para considerar excluida de dicha competencia aquellos casos en que los requisitos que impone la ley extranjera son incompatibles con la desjudicialización del expediente?

-Además de los requisitos impuestos por ley extranjera ¿serán de aplicación de forma cumulativa los establecidos en el Código Civil y que tienen carácter sustantivo (tales como la exigencia de una duración mínima del matrimonio, formulación de convenio regulador o asistencia letrada preceptiva)?».

## **II.- ACUERDO DEL COLEGIO NOTARIAL DEL PAIS VASCO**

La Junta Directiva del Colegio Notarial del País Vasco en su sesión del día 24 de febrero de 2016 acuerda elevar a esta Dirección General la consulta formulada e informa lo siguiente:

«La falta de regulación en materia de competencia internacional en la reforma del Código Civil y de la ley del Notariado, realizada por la nueva ley de Jurisdicción Voluntaria provoca una serie de dudas en los operadores jurídicos que solo podemos resolver con la aplicación de nuestras normas generales de derecho internacional privado.

Respecto de las dudas planteadas por nuestro compañero tenemos que coincidir en que son difícilmente solucionables con la simple aplicación de la nueva Ley de Jurisdicción Voluntaria y que sólo podemos atrevernos a dar una solución general partiendo de los principios generales sin perjuicio de una mejor opinión o interpretación jurisprudencial.



Respecto de la primera cuestión planteada, sí es el Notario la autoridad que competencialmente resuelve de un divorcio entre extranjeros en España es por lo tanto el «órgano jurisdiccional» al que se refiere el artículo 3 del Reglamento 1259/2010 y por lo tanto serán los Notarios españoles los competentes para expedir los certificados a los que se refiere el artículo 39 del Reglamento 2201/2003 adoptando este certificado la forma de copia autorizada de la escritura de divorcio por ser la forma en la que el órgano jurisdiccional certifica el contenido de sus Resoluciones. Criterio éste que nuestra jurisprudencia mantiene para escrituras notariales extranjeras por ejemplo en ATS de 7 de octubre de 2006.

Respecto de la segunda cuestión estamos ante un procedimiento de jurisdicción voluntaria en los que no cabe sumisión, conforme recoge el actual artículo 2.2 de la Ley de Jurisdicción voluntaria conforme al cual: «el los expedientes de jurisdicción voluntaria la competencia territorial vendrá fijada en cada caso, por el precepto correspondiente en cada caso, sin que quepa modificar la sumisión expresa o tácita». Por ello, solo en los casos en los que conforme a dicha ley sea competente el Notario español podrá este conocer del divorcio y en este caso consideramos que los requisitos sustantivos exigidos (duración del matrimonio, asistencia letrada y convenio regulador) son exigibles con independencia de la legislación aplicable al divorcio para poder tramitarse el divorcio con intervención notarial.

Cuestión distinta es determinar si en la aplicación de la ley extranjera por el Notario español, este debe atender a las cuestiones competenciales o solo a las materiales. Parece que la remisión a la ley extranjera se debe limitar solo a las cuestiones de fondo, a las que regulan las causas y efectos de la separación y del divorcio. Por aplicación del artículo 2.2 apuntado parece que la atribución de la competencia corresponde a la ley del foro y por lo tanto a la ley española.

Si ésta atribuye al Notario la competencia para resolver sobre la cuestión no se entiende que la cuestión sea de nuevo resuelta por la ley aplicable al fondo. En conclusión entendemos que el Notario español podrá resolver sobre una separación o un divorcio aplicando una ley extranjera en la que los Notarios de dicho país quedan excluidos de resolver sobre separación y divorcios»

## **FUNDAMENOS DE DERECHO**

### **Primero.- Encuadramiento y Código Civil español.**

La Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, entre las variadas e importantes competencias que atribuye a los Notarios, modifica el Código Civil para introducir el divorcio ante Notario. El divorcio ante Notario es plenamente aplicable desde el día 23 de julio de 2015.

Veamos seguidamente algunas singularidades del divorcio ante Notario.

Contrariamente al matrimonio ante Notario, que no requiere de actuación previa. Se forma el expediente mediante petición o requerimiento de los esposos. Se presentará



certificación del Registro Civil del matrimonio; el matrimonio no ha de tener hijos menores de edad o incapaces y deberán estar asistido de uno o dos letrados.

Se formulará un convenio regulador en escritura pública y ésta tendrá el efecto de disolver el matrimonio. Esta disolución no perjudica a terceros de buena fe en tanto no se inscriba en el Registro Civil, lo que comunicará el Notario de inmediato, y en lo posible por medios informáticos.

El tiempo transcurrido desde la entrada en vigor de la norma ha puesto de manifiesto varias dudas interpretativas. Especialmente la ausencia de una coordinación normativa con los instrumentos internacionales vigentes en relación a la ley aplicable, al reconocimiento o ejecución de divorcio vincular.

La Consulta formulada exige por tanto analizar previamente el marco normativo internacional aplicable, que será puesto en relación con la normativa nacional, que reconoce a los Notarios junto a los Letrados de la Administración de Justicia, alternativamente, la competencia de establecer la separación y el divorcio de aquellos matrimonios, formados por cónyuges capaces, que carezcan de hijos menores o cuya capacidad se encuentre modificada judicialmente, y con sometimiento, además de lo previsto en los artículos 81 y 82 del Código Civil, a dos requisitos adicionales: habrán de estar los cónyuges asistidos de uno o dos letrados y se formulará y aprobará un convenio regulador.

En el ámbito del Derecho español son relevantes las siguientes normas:

Artículo 87 del Código Civil (DF 1º Ley 15/2015, de 2 de julio).

« Los cónyuges también podrán acordar su divorcio de mutuo acuerdo mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en la forma y con el contenido regulado en el artículo 82, debiendo concurrir los mismos requisitos y circunstancias exigidas en él. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de divorcio.»

Artículo 81 del Código Civil (DF 1º Ley 15/2015, de 2 de julio)

«Se decretará judicialmente la separación cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores, cualquiera que sea la forma de celebración del matrimonio.»

Artículo 82 del Código Civil:

«1. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el Secretario judicial o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el artículo 90. Los



funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación.

Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Secretario judicial o Notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. 2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos menores no emancipados o con la capacidad modificada judicialmente que dependan de sus progenitores.»

Esta legislación nacional se enmarca en la normativa europea, relativa a la competencia, reconocimiento y ejecución de las resoluciones en materia de separación y divorcio –también de nulidad, aunque no afecta al objeto del presente informe- siendo la norma de referencia el Reglamento (CE) nº 1215/2003 –Bruselas II bis- y ley aplicable (Reglamento (UE) nº 1259/2010 –Roma III) solo para separación y divorcio.

De ambas resulta que las separaciones y divorcios ante Notario español, son considerados realizadas ante órgano jurisdiccional atendiendo a la actividad nacional jurisdiccional, en el ámbito de ambos Reglamentos.

## **Segundo.- Competencia Internacional en sede divorcio**

### **A) Reglas Generales**

El Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo de 27 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) número 1347/2000 (Bruselas II bis), establece los foros competenciales de la separación, nulidad o divorcio ante un Tribunal de un Estado miembro de la Unión Europea.

La determinación de qué ha de considerarse Tribunal a efectos del Reglamento, se hace conforme a las pautas generales del mismo de conformidad con las reglas del Estado miembro.

De dichas reglas se deduce que en el término Tribunal ha de incluir al Notario entre las Autoridades del foro y por tanto reconocer su habilidad en cuanto a la separación o divorcio autorizado por él.

Así se deduce de diversas disposiciones del Reglamento (UE) nº 2201/2003 (Bruselas II bis):

a) El Artículo. 1.1: «establece la aplicación del Reglamento, con independencia de la naturaleza del órgano jurisdiccional, a las materias civiles relativas: a) al divorcio, la separación judicial y la nulidad matrimonial...».



b) El Artículo. 2.: « A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: 1) órgano jurisdiccional, todas las autoridades de los Estados miembros con competencia en las materias que entran en el ámbito de aplicación del presente Reglamento de conformidad con el artículo 1 ».

c) El Artículo. 1.2) «A los efectos del presente Reglamento, se entenderá por: 2) juez, el juez o la autoridad con competencias equivalentes a las del juez en las materias reguladas por el presente Reglamento»;

Cada Estado miembro conserva la competencia para establecer el elenco de autoridades hábiles para pronunciar o acordar el divorcio, la separación matrimonial o la nulidad del matrimonio.

A tal efecto, el Reglamento realiza una remisión competencial al Derecho nacional de cada Estado miembro de suerte que se permite a cada Estado miembro conservar su competencia soberana para decidir qué autoridades pueden dictar o autorizar divorcios en dicho Estado miembro.

La coherencia del sistema de autoridades nacional de cada Estado miembro y su soberanía al respecto es por tanto indubitada.

Por tanto cuando el Reglamento se refiere a *un Juez* dicha referencia comprende también a las autoridades designadas, en nuestro caso al Notario, que conforme con competencias, según el Derecho español, para autorizar una escritura pública de divorcio.

## **B) Reglas competenciales**

Como regla general, se establece un sistema de *foros alternativos* exclusivos para este tema como una concreción del «favor divorti». Así:

Son competentes los órganos jurisdiccionales del Estado miembro en cuyo territorio se encuentre:

1º) La residencia habitual de los cónyuges en el momento de presentación de la demanda.

2º) La última residencia habitual de los cónyuges cuando uno de ellos todavía resida allí en el momento de presentación de la demanda.

3º) La residencia habitual del demandado en el momento de presentación de la demanda.

4º) La residencia habitual de uno de los cónyuges, pero sólo en caso de demanda conjunta.

5º) Residencia habitual del demandante si ha residido allí desde al menos un año inmediatamente antes de la presentación de la demanda.



6º) La residencia habitual del demandante, si ha residido allí al menos los seis meses inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda y, o bien es nacional del Estado miembro en cuestión o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, tiene allí su *domicile*.

7º) Los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad de ambos cónyuges o, en el caso del Reino Unido y de Irlanda, «domicile» de cónyuges en dichos países.

Finalmente, la aplicación de los foros recogidos en el artículo 22 quater c) LOPJ queda reducida al solo caso en el que ningún Tribunal de un Estado miembro disponga de competencia con arreglo al Reglamento Bruselas II-bis (artículo 7 RB II bis), en tal caso la competencia se determinará con arreglo a las leyes del Estado miembro ante el que se presenta la demanda.

### **C) Control de oficio de la competencia notarial**

El Notario al serle instada su actuación, debe en, primer lugar, «examinar cuidadosamente y de oficio» su propia competencia internacional para autorizar la escritura de divorcio con arreglo a alguno de los foros recogidos en el artículo 3.

En caso de que no concurra ninguno deberá denegar la autorización.

En la escritura, a falta de otros medios de comprobación, los cónyuges deberán hacer constar que no se está en una situación de litispendencia regulada en el artículo 19 del Reglamento regulada en base al principio *prior tempore*, en cuanto no existen mecanismos internacionales de coordinación notarial o notarial y judicial.

En efecto, el órgano jurisdiccional –lo es el Notario- ante el que se hubiere presentado la segunda demanda “suspenderá de oficio el procedimiento en tanto no se establezca la competencia del órgano jurisdiccional ante el que se interpuso la primera”.

Cuando se establezca que es competente el primer órgano jurisdiccional, el segundo se inhibirá en favor de aquél. - Estas reglas se aplican también en caso de acciones conexas o dependientes falsa litispendencia- que es una materia no aplicable en el ámbito notarial.

No serán aplicables al divorcio notarial las medidas provisionales o cautelares a las que se refiere el artículo 20 R) que en su caso habrán de ser solicitadas ante el Juez.

El divorcio notarial está concebido para los supuestos no contenciosos, lo que no impide aunque no será lo normal la necesidad de adoptar una medida de esta naturaleza (piénsese en la regulación de la convivencia en un inmueble o en el aseguramiento de una pensión).

«En caso de urgencia, los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro pueden adoptar medidas provisionales o cautelares previstas en su propia legislación en relación con personas o bienes presentes en dicho Estado miembro, aun cuando, en virtud del



presente Reglamento, un órgano jurisdiccional de otro Estado miembro fuere competente para conocer sobre el fondo».

La Ley del foro -en el caso del divorcio ante Notario español, la Ley española- será aplicable en los requisitos instrumentales: exigencia de asistencia obligatoria de Letrado y aprobación de convenio regulador.

La limitación a matrimonios sin hijos o con hijos capaces y mayores de edad, ligada a la ley aplicable, deberá ser apreciada por el Notario, como regla de orden público específica, como debe valorar genéricamente como autoridad extrajudicial el cumplimiento de los principios constitucionales tales como la igualdad entre hombre y mujer.

Por el contrario, debe entenderse que el necesario transcurso del plazo de tres meses previsto en el artículo 82, queda ligado a la ley aplicable, en cuanto requisito no procedimental.

### **Tercero.- Ley aplicable a la separación o divorcio autorizado por Notario español en escritura pública.**

#### **A) Cooperación reforzada**

España pertenece al grupo de Estados miembros que tienen entre ellos instaurada una cooperación reforzada en relación al ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación legal (Reglamento (EU) número 1259/2010, Roma III).

Este Reglamento establece una regla de universalidad, lo que hace que el artículo 107 del CC. carezca de aplicación en los aspectos regulados por este (no así la nulidad matrimonial -que sin embargo si se incluye en el ámbito del Reglamento Bruselas II bis- o las consecuencias fragmentadas de la separación y divorcio, como es el uso de la vivienda habitual).

La ley que se debe seleccionar y aplicar al divorcio viene determinada por la norma de conflicto es seleccionada, en consecuencia, por dicho Reglamento que se circunscribe, a día de hoy, a dieciséis Estados miembros entre los que existe dicha cooperación (Arts. 328.1 y 331.1 TFUE)<sup>1</sup>

A efectos del Reglamento Roma III se entiende por «órgano jurisdiccional», toda autoridad de los Estados miembros participantes con competencia en las materias incluidas en el ámbito de aplicación del Reglamento (artículo 3.2 y Considerando 13).

Las autoridades de los Estados miembros que disponen, según las legislaciones de tales Estados miembros, de competencias jurisdiccionales para la disolución o relajación del vínculo matrimonial, deben aplicar este Reglamento.

---

1. Bélgica, Bulgaria, Alemania, España, Francia, Italia, Letonia, Luxemburgo, Hungría, Malta, Austria, Portugal, Rumanía, Eslovenia, Letonia y Grecia.





Habida cuenta de que los Notarios en España pueden autorizar escrituras públicas de separación y divorcio, el Reglamento Roma III es de aplicación imperativa para éstos.

El Notario debe comprobar cuál es la Ley que debe aplicar al divorcio (o separación) en virtud de los artículos 5 a 8 del Reglamento.

Contrariamente el ámbito competencial que establece como hemos visto criterios alternativos favoreciendo con ello el acceso a los Tribunales, el criterio es que los cónyuges puedan elegir la ley aplicable conforme a los criterios que seguidamente se expresarán, estableciendo en su defecto subsidiariamente, normas en cascada.

## **B) Criterio electivo**

Exige la observancia de determinados requisitos formales: Los cónyuges podrán convenir en designar la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial, siempre que sea una de las siguientes leyes:

- a) la ley del Estado en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la celebración del convenio;
- b) la ley del Estado del último lugar de residencia habitual de los cónyuges, siempre que uno de ellos aún resida allí en el momento en que se celebre el convenio;
- c) la ley del Estado cuya nacionalidad tenga uno de los cónyuges en el momento en que se celebre el convenio, o
- d) la ley del foro.

2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 3, el convenio por el que se designe la ley aplicable podrá celebrarse y modificarse en cualquier momento, pero a más tardar en la fecha en que se interponga la demanda ante un órgano jurisdiccional.

3. Si la ley del foro así lo establece, los cónyuges también podrán designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento. En tal caso, el órgano jurisdiccional registrará la designación de conformidad con la ley del foro.

El artículo 7 se refiere a la validez formal de estos acuerdos:

1. El convenio contemplado en el artículo 5, apartados 1y 2, se formulará *por escrito y estará fechado y firmado* por ambos cónyuges. Se considerará hecha por escrito toda transmisión efectuada por medios electrónicos que proporcione un registro duradero del convenio.

2. No obstante, si la legislación del Estado miembro participante en el que ambos cónyuges tengan su residencia habitual en la fecha de celebración del convenio establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación.

## **C) Declaraciones del Reino de España**



España tiene declarada a la Comisión de conformidad con el artículo 17 del Reglamento la forma prevista en el artículo 9.2 y 9.3 del Código Civil conforme al artículo 149. 1. 8 CE, es decir documento auténtico, generalmente escritura pública. Concretamente ha comunicado lo siguiente (Vid.[www.e-justice.europa.eu](http://www.e-justice.europa.eu))

«Artículo 7, apartado 2 a 4 – Requisitos formales que sean de aplicación a los convenios sobre la elección de la legislación aplicable.

La legislación española prevé requisitos formales adicionales para los convenios sobre la elección de la ley aplicable de conformidad con el artículo 7, apartados 2 a 4, del Reglamento (UE) nº 1259/2010, a saber: la elección de la ley aplicable debe concluirse en un documento público con fuerza ejecutiva (ante un Notario público) o un «documento auténtico» (un documento cuya fecha y firmas por las partes sean inequívocas, aun si no adopta la forma de un instrumento notarial).

Artículo 5, apartado 3 - Posibilidad de designar la legislación aplicable en el curso del procedimiento.

Según la legislación española, los cónyuges no pueden designar la ley aplicable ante el órgano jurisdiccional en el curso del procedimiento».

La incorporación de los Notarios al elenco de autoridades que están habilitadas por España para separar y divorciar, dota al sistema de la flexibilidad necesaria en cuanto inmediatamente antes del otorgamiento de la escritura podrán los cónyuges ante el mismo Notario elegir la ley aplicable, escritura de determinación de la ley aplicable que será enviada al tiempo de la escritura de divorcio, pero previo a éste, al Registro Civil.

La elección más oportuna, cuando sea posible, será la ley del foro que permite unificar «lex y fórum» con la consiguiente y deseable coherencia, en cuanto evita la aplicación del derecho extranjero, la interpretación normativa y en su caso los problemas de selección de las normas imperativas de la ley del foro.

Esta elección de ley ya se realice «ab initio» –o antes como vimos- de la celebración de matrimonio o en el momento inmediatamente previo al divorcio, será formalmente válido si se cumple lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 5.

«Si, en la fecha de celebración del convenio, los cónyuges tienen su residencia habitual en distintos Estados miembros participantes y si las legislaciones de ambos Estados disponen requisitos formales diferentes, el convenio será formalmente válido si cumple los requisitos de una de las dos legislaciones».

Para lo que el Notario deberá previamente determinar la residencia habitual de los cónyuges y posteriormente averiguar –mediante el examen de la información proporcionada en la web de la Comisión ya citada- los requisitos formales declarados por el Estado miembro participante. En el caso de un tercer país, recordemos que Roma III es de aplicación universal- deberá proceder a la prueba del Derecho, mediante la aplicación del artículo 36 de la Ley 29/2015, al actuar el Notario como órgano jurisdiccional en los términos expresados que conducirá a la prueba del Derecho en iguales términos y extensión que las restantes Autoridades designadas por el Estado miembro.



Si, en la fecha de celebración del convenio, solo uno de los cónyuges tiene su residencia habitual en un Estado miembro participante y si la legislación de tal Estado establece requisitos formales adicionales para ese tipo de convenio, dichos requisitos serán de aplicación, (artículo 7. 4) con independencia de que se trate o no de la ley del foro.

#### **D) Selección Normativa Subsidiaria**

A falta de una elección según lo establecido en el artículo 5, el divorcio y la separación judicial se determinarán por las siguientes conexiones en cascada o subsidiarias (artículo 8).

Estarán sujetos la separación y el divorcio a la ley del Estado:

- a) en que los cónyuges tengan su residencia habitual en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,
- b) en que los cónyuges hayan tenido su última residencia habitual, siempre que el período de residencia no haya finalizado más de un año antes de la interposición de la demanda, y que uno de ellos aún resida allí en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto;
- c) de la nacionalidad de ambos cónyuges en el momento de la interposición de la demanda o, en su defecto,
- d) ante cuyos órganos jurisdiccionales se interponga la demanda.

#### **E) Requisitos de la escritura de Notario español en relación a la Ley aplicable.**

Una vez establecida la competencia de oficio por el Notario, éste deberá realizar un juicio acerca de la ley aplicable. Este juicio implicará la determinación de la residencia habitual de los esposos y en su defecto la nacionalidad.

La prueba que se precise no conduce a un acta de notoriedad sino que debe convencer al Notario en la formulación de su juicio.

Por lo tanto la escritura de separación o divorcio notarial habrá de reflejar si existe una ley pactada que habrá de acreditarse conforme a la ley aplicable o si no existe pacto al respecto.

En el primer caso, deberá ser aplicable éste, aunque conduzca a la ley de un Estado no participante e incluso no europeo.

El contenido de esta ley, como se ha indicado, deberá ser probada conforme a los criterios generales establecidos, en forma extensiva, en el artículo 36 de la ley 29/2015, de 30 de junio de la cooperación jurídica internacional en materia civil.

En lo necesario, adicionalmente, al tratarse de una materia no contemplada en los artículos 168. 4 del Reglamento Notarial, deberá realizarse una interpretación extensiva de éste.



En efecto, en ausencia de pacto, han de aplicarse en forma no alternativa sino subsidiaria (uno en defecto del anterior) los criterios del artículo 8 que sólo residualmente conducirán a la ley española.

Los criterios de aplicación de la ley deben ser asimismo, de forma muy cuidadosa, analizados por el Notario y una vez realizado su juicio sobre cuál es la ley aplicable en base a la documentación aportada, y las pruebas adicionales que este solicite (empadronamientos, documentos consulares, oras pruebas documentales, testigos) deberá seguidamente probar el contenido de la ley conforme a las normas generales.

Cuando sea de aplicación una ley extranjera, el Notario debe, como autoridad española, aplicar el control del orden público. En base a este no podrá aceptar situaciones discriminatorias para la mujer o que afecten a menores o incapacitados, negando su actuación en tal caso y notificando la negativa a este Centro Directivo (ex. Art. 232 RN).

Conforme al artículo 12 del Reglamento Roma III, sólo podrá excluirse la aplicación de una disposición de la ley designada en virtud del presente Reglamento si esta aplicación es manifiestamente incompatible con el orden público del foro.

Se ha indicado que son requisitos instrumentales ligados al Derecho del foro, la intervención de letrado y presentación de convenio regulador, además del sometimiento a los principios constitucionales.

No obstante, el plazo temporal en virtud del cual puede el matrimonio separarse o divorciarse está ligado a la ley aplicable.

Finalmente, el artículo 9 del Reglamento Roma III, en caso de conversión de la separación judicial en divorcio la ley aplicable a éste será la que se haya aplicado a la separación, salvo que las partes hayan convenido otra cosa de conformidad con el artículo 5.

El párrafo 2º establece que no obstante, si la ley aplicada a la separación judicial no prevé la conversión de la separación judicial en divorcio, se aplicará lo dispuesto en el artículo 8 (ley de conflicto en cascada) salvo que las partes hayan convenido otra cosa de conformidad con el artículo 5.

## **F) Acreditación documental del matrimonio ante Notario español**

Los artículos 770 y 777 Ley de Enjuiciamiento Civil exigen que se acompañe con la demanda judicial de separación o divorcio, entre otros documentos, las certificaciones de la inscripción del matrimonio y, en su caso, de nacimiento de los hijos en el Registro Civil. En caso de no presentarse tales documentos, el artículo 403.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil indica que la demanda debe ser inadmitida. En los litigios internacionales de divorcio / nulidad matrimonial / separación judicial, y en las escrituras notariales de divorcio, estas disposiciones suscitan ciertas distorsiones.

1º) Es perfectamente posible que los tribunales españoles puedan conocer de los litigios de nulidad matrimonial, separación y divorcio, cuando ambos cónyuges posean residencia habitual en España en el momento de presentación de la demanda y que tales



cónyuges hayan contraído su matrimonio fuera en España. De este modo, dicho matrimonio no constará inscrito en el Registro Civil español.

2º) En tales casos, exigir a los cónyuges la presentación de certificaciones que no pueden expedirse resulta contrario a la tutela judicial efectiva. Tampoco resulta adecuado exigir a tales cónyuges que procedan a la inscripción de su matrimonio en el Registro Civil español, entre otras cosas porque la legislación registral no lo permite al tratarse de cónyuges ambos extranjeros y haberse celebrado el matrimonio fuera de España.

3º) Ante estos supuestos debe considerarse adecuado el criterio de cierta jurisprudencia<sup>2</sup> que indica que bastará con la presentación de las certificaciones de empadronamiento de los cónyuges extranjeros en España así como la correspondiente certificación registral expedida por las autoridades competentes del país en el que se haya celebrado el matrimonio, convenientemente legalizada o apostillada. No será preciso exigir la certificación de inscripción de su matrimonio en el Registro civil español.

En el caso de matrimonio celebrado en el extranjero por español con extranjero, dicho matrimonio debe constar en el Registro Civil español (artículo 15 LRC 1958 vigente). Por ello, los cónyuges deben presentar certificación de la inscripción registral expedida bien por el Consulado español del lugar de celebración o bien por el Registro Civil Central.

#### **IV.- Reconocimiento internacional de la separación o divorcio notarial.**

##### **A) Expedición de certificado de los previstos en el artículo 29 de Reglamento (CE) 2201/2003.**

Establecida la competencia del Notario, que aplicará la ley resultante de la norma de conflicto en los términos resultante del Reglamento Roma III, el reconocimiento de la escritura notarial de divorcio s sujeta a lo establecido en los artículos 25 y 26 del Reglamento CE (número 2201/2003, Bruselas II bis).

Conforme a lo establecido en el primero de ellos, no podrá negarse el reconocimiento de una resolución de divorcio, de separación judicial o de nulidad matrimonial alegando que el Derecho del Estado miembro requerido no autorizaría el divorcio, la separación judicial o la nulidad matrimonial basándose en los mismos hechos.

Conforme al artículo 26, la resolución no podrá en ningún caso ser objeto de una revisión en cuanto al fondo.

La confianza mutua como recuerda el considerando 21 es la base del reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales.

Esta limitación obliga, como se ha indicado, al establecimiento en la escritura de una cláusula sobre la propia competencia, de conformidad con el artículo 2 del Reglamento, a fin de aclarar el carácter de órgano jurisdiccional del Notario en los términos vistos.

---

<sup>2</sup> SAP Barcelona 12 noviembre 2013 [padres y menor marroquíes], AAP Madrid 20 julio 2012 [divorcio entre cónyuges uruguayos], AAP Barcelona 22 octubre 2012 [divorcio de mutuo acuerdo y matrimonio celebrado en Brasil y no inscrito en el Registro civil español]



La Disposición final vigésima segunda de la Ley 15/2015, de 2 de julio, relativa a las medidas para facilitar la aplicación en España del Reglamento (CE) número 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre de 2003, establece, en relación a las actuaciones judiciales que:

«La certificación relativa a las resoluciones judiciales en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental, prevista en el artículo 39 del Reglamento (CE) número 2201/2003 se expedirá por el secretario judicial de forma separada y mediante diligencia, cumplimentando el formulario correspondiente que figura en los anexos I y II del Reglamento citado».

Nada dice, por tanto, de las escrituras notariales autorizadas por Notario en base a su competencia, respecto de las cuales habrá que seguir, las reglas generales establecidas en relación a otros Reglamentos ( Reglamento (CE) número 805/2004 y (UE) número 650/2012).

Por ello, cuando le fuere solicitado, el Notario debe expedir incorporando copia a la matriz de la escritura, el formulario previsto en el artículo 39 a fin de su ejecución en otro Estado miembro, incluso por inscripción en su Registro Civil.

«El órgano jurisdiccional o autoridad competente del Estado miembro de origen expedirá, a instancia de cualquier parte interesada, un certificado conforme al modelo de formulario que figura en el anexo I (Resoluciones en materia matrimonial)».

En el supuesto de que fuera solicitado con posterioridad, el Notario autorizante del matrimonio, podrá expedir dicho certificado, que circulará en original, y que en forma analógica a los previsto en la Disposición Final 26 de la Ley 1/2000 para el certificado sucesorio europeo y especialmente –en cuanto circula en original- en la Disposición Final 4ª de la Ley 19/2006, de 5 de junio, para el Título ejecutivo europeo, podrá expedir, mediante un acta del que dejará nota de relación en la matriz y en las copias que le sean presentadas, de la escritura de separación o divorcio vincular.

## **B) Inscripción Registral del divorcio autorizado por escritura pública notarial española.**

Cuando se ha dictado por tribunales españoles una sentencia de divorcio o se ha autorizado una escritura pública notarial de divorcio que afecta a cónyuges extranjeros cuyo matrimonio no está inscrito en el Registro Civil español, el tribunal sentenciador o el Notario competente deben remitir oficio «al Registro Civil Central, con testimonio de la sentencia y de la documentación acreditativa del matrimonio y de la identidad de ambos litigantes, para que se practique la inscripción del matrimonio como soporte a la del divorcio»<sup>3</sup>

<sup>3</sup> (SAP Barcelona 30 octubre 2014 [cónyuges de nacionalidad boliviana], SAP Barcelona 3 julio 2014 [divorcio entre cónyuges ecuatorianos y alimentos], SAP Barcelona 30 septiembre 2014 [divorcio entre cónyuges marroquíes], SAP Barcelona 10 julio 2014 [divorcio entre cónyuges marroquíes], SAP Barcelona 8 abril 2014 [divorcio entre cónyuges marroquíes con residencia en Cataluña], SAP Barcelona 31 enero 2014 [litigantes de Senegal], SAP Barcelona 18 diciembre 2013 [divorcio entre cónyuges búlgaros], SAP Barcelona 24 julio 2013 [divorcio entre cónyuges de Bangla-



Por tanto, el Notario remitirá al Registro Civil Central testimonio de la escritura pública de divorcio y de la documentación acreditativa del matrimonio y de la identidad de ambos litigantes, para que se practique la inscripción del matrimonio como soporte a la del divorcio.

#### **IV.- Intervención personal en el divorcio vincular.**

Finalmente, aun no siendo objeto de la presente consulta, por su atinencia y relevancia, debe analizarse si ha de considerarse el divorcio en escritura pública un acto personal de los comparecientes o es susceptible de apoderamiento.

Aunque no haya sido modificado el artículo 55 del Código Civil, y pudiera entenderse extensible su criterio a la escritura de divorcio, es meridianamente claro el artículo 82 inciso segundo del primer párrafo, redactado conforme a lo previsto en la Disposición Adicional 1ª de la Ley 15/2015, de 2 de julio establece, en relación a la separación personal de los cónyuges, que estos deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por Letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el Secretario judicial o Notario.

Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el Secretario judicial o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar.

Por identidad de razón y a pesar de resultar agravado el criterio de exclusión de la representación, en relación al matrimonio, incluso como «nuntius» -que es de interpretación siempre restrictiva-, ha de considerarse necesaria la intervención personal y simultánea de los cónyuges, también en caso de divorcio, como requisito exigido por el foro.

#### **V. Conclusiones**

**Primera.-** Son aplicables los Reglamentos (CE) número 2201/ 2003, Bruselas II bis y (UE) número 1259/2010, Roma III en los términos analizados.

En consecuencia, la competencia de los Notarios españoles para divorciar mediante escritura pública, cuando exista un elemento internacional, se rige por el Reglamento Bruselas II-bis. Para ello, es preciso que concorra alguno de los foros de competencia internacional recogidos en el artículo 3 de dicho Reglamento Bruselas II-bis.

La Ley aplicable a un divorcio mediante escritura pública notarial otorgada en España, cuando exista un elemento internacional, se determina con arreglo al Reglamento Roma III.

El Notario español aplicará la Ley estatal procedente en sintonía con los arts. 5-8 de dicho Reglamento.

---

Desh con residencia en Cataluña], SAP Barcelona 12 noviembre 2013 [divorcio entre marroquíes], SAP Barcelona 18 septiembre 2013 [litigantes marroquíes]).



**Segunda.-** El Notario como Autoridad extrajudicial designada por el foro, debe aplicar el orden público, en los términos asimismo vistos distinguiendo la apreciación del orden público, de las normas procedimentales y del contenido de la ley aplicable.

La ley del foro, española, será aplicable en los requisitos instrumentales: exigencia de asistencia obligatoria de Letrado y aprobación de convenio regulador.

La limitación a matrimonios sin hijos o con hijos capaces y mayores de edad, ligada a la ley aplicable, deberá ser apreciada por el Notario, como regla de orden público específica, como debe valorar genéricamente como autoridad extrajudicial el cumplimiento de los principios constitucionales tales como la igualdad entre hombre y mujer.

Por el contrario, debe entenderse que el necesario transcurso del plazo de tres meses previsto en el artículo 82, queda ligado a la ley aplicable, en cuanto requisito no procedimental.

**Tercera.-** Pese a que la Disposición final vigésimo segunda de la Ley 15/2015, de 2 de julio, omite la escritura notarial de divorcio, en base a su competencia, se habrán de seguir las reglas generales establecidas en relación a otros Reglamentos (Reglamento (CE) nº 805/2004 y (UE) nº 650/2012) y en consecuencia expedirá a requerimiento el certificado previsto en el artículo 29 y formulario I del Reglamento (CE) 2201/2003.

**Cuarta.-** El otorgamiento de la escritura pública de divorcio será siempre personal y simultáneo.

Por cuanto antecede, esta Dirección General acuerda, en los términos de los precedentes fundamentos de derecho, resolver la consulta formulada por la Junta Directiva del Iltre. Colegio Notarial de País Vasco.

**EL DIRECTOR GENERAL,**

**Francisco Javier Gómez Gáligo**