Los divorcios privados y el Reglamento Roma III – Reflexiones a la luz de la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, *Sahyouni c. Mamisch*

Private divorces and Rome III Regulation – Note on the ECJ Judgment of 20 December 2017, case C-372/16, Sahyouni v. Mamisch

ARANTXA GANDÍA SELLENS

Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law

CARL ZIMMER

Max Planck Institute Luxembourg for Procedural Law

DOI: https:/doi.org/10.36151/MDIPR.2018.006

Bitácora Millennium, Nº 8 (julio-diciembre 2018)

Zaragoza, diciembre 2018

Editorial tirant lo blanch

Abstract

El presente artículo aborda la cuestión de la inclusión de los divorcios privados con intervención de una autoridad pública en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III, ya se trate de divorcios pronunciados en un Estado Miembro o en un tercer Estado. Todo ello se analiza partiendo del comentario a la Sentencia del TJUE en el asunto C-372/16.

On the basis of the ECJ Judgment in case C-372/16, the following article addresses the question of whether the so-called "private divorces" fall within the scope of application of the Rome III Regulation.

Palabras clave: divorcio privado extranjero, ley aplicable, reconocimiento

Key words: *private divorce, applicable law, recognition*

Sumario

I. Introducción

II. Bases fácticas de la decisión analizada

III. Respuesta jurídica proporcionada: análisis crítico

1. Nota preliminar: las distintas categorías de divorcios privados

2. Argumentos del TJUE en el asunto *Sahyouni II*

3. Comentario al razonamiento del TJUE en el asunto *Sahyouni II*

IV. Valoración: consecuencias prácticas para los novedosos divorcios privados europeos

V. Resultado: más dudas que certezas tras la Sentencia *Sahyouni II*

VI. Bibliografía

I. Introducción

La Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE) de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, *Sahyouni c. Mamisch* (Sahyouni II) versa sobre los llamados divorcios privados y la aplicación del Derecho europeo en materia de reconocimiento sustantivo (*révision au fond*) y su interrelación con el sector de la ley aplicable. El TJUE, lejos de clarificar las múltiples cuestiones que el tema plantea, dejó escapar una valiosa oportunidad para clarificar la práctica jurídica. Por una parte, en relación a la determinación de la ley aplicable a los divorcios privados declarados por autoridades públicas de otros Estados (ya sean autoridades religiosas o no), el Alto Tribunal los ha relegado a los regímenes internos de los Estados Miembros –con el alto riesgo de divergencia de soluciones que ello puede acarrear–. Por otra parte, la determinación de la ley aplicable a los divorcios privados europeos dependerá de si la actuación de la autoridad competente se puede considerar constitutiva o declarativa. La distinción entre una y otra categoría queda, sin embargo, sin dilucidar.

A continuación procederemos a clarificar y comentar críticamente la referida Sentencia. Tras ello, valoraremos las consecuencias de la doctrina que el TJUE defiende en la misma para los nuevos divorcios privados europeos, cuya regulación se está extendiendo en diversos países de la Unión Europea.

II. Bases fácticas de la decisión analizada

El caso planteado en la resolución cuyo análisis aquí abordamos viene vinculado a una petición de decisión prejudicial, planteada por el Tribunal Regional Civil y Penal de Múnich, Alemania (*Oberlandesgericht München*), sobre la interpretación del Reglamento (UE) núm. 1259/2010 del Consejo de 20 de diciembre de 2010 por el que se establece una cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable al divorcio y a la separación judicial[1] (en adelante, Reglamento Roma III).

Los hechos que dieron lugar al litigio se remontan al 27 de mayo de 1999, fecha en la que el Sr. Mamisch y la Sra. Sahyouni contrajeron matrimonio en Siria. Tras varios años de convivencia en común en varios países (Alemania, Siria, Kuwait y el Líbano), el Sr. Mamisch decidió divorciarse de su esposa, a través de un representante que pronunció la fórmula de divorcio ante un tribunal religioso de la

Fecha de recepción del original: 28 de mayo de 2018. Fecha de aceptación de la versión final: 6 de julio de 2018.

[1] DO L núm. 343 de 29 de diciembre de 2010.

sharía en Siria en mayo de 2013. Dicho proceso culminó en la declaración del divorcio por parte de dicho tribunal. Tras ello, la Sra. Sahyouni firmó una declaración relativa a la compensación que le correspondía recibir del Sr. Mamisch.

En octubre del mismo año, el Sr. Mamisch solicitó en Alemania el reconocimiento de la decisión dictada por el tribunal religioso sirio, en la que se daba fe del divorcio privado. El órgano competente –en este asunto, el Presidente del *Oberlandesgericht* de Múnich– estimó la solicitud.

Sin embargo, la Sra. Sahyouni pidió que se anulara la resolución del Presidente del *Oberlandesgericht* de Múnich, por entender que no se cumplían los requisitos para reconocer la resolución del tribunal religioso sirio.

En abril de 2014, el mismo órgano, esto es, el Presidente del *Oberlandesgericht* de Múnich desestimó la solicitud de la Sra. Sahyouni, indicando que para pronunciarse sobre el reconocimiento de la resolución dictada por el tribunal religioso sirio era necesario comprobar si la ley aplicable al divorcio había sido respetada, de ahí que aplicara el Reglamento Roma III. Dicho reconocimiento se otorgó tras la aplicación del mencionado Reglamento y la determinación de que la ley aplicable era la siria, así como la falta de oposición de las consideraciones de orden público de dicho instrumento (el Reglamento Roma III) con los divorcios privados.

La Sra. Sahyouni volvió a recurrir. Conforme al Derecho procesal alemán, el órgano que debe decidir en este tipo de asuntos sobre un recurso contra la resolución del Presidente del *Oberlandesgericht* de Múnich es el propio *Oberlandesgericht* de Múnich, sin su Presidente. Así pues, este órgano decidió suspender el procedimiento y dirigirse al TJUE. Respecto al contenido de las cuestiones y la respuesta del TJUE, las mismas versaban, en resumen, sobre la aplicabilidad del Reglamento Roma III al asunto descrito. El TJUE respondió mediante un auto declarándose incompetente, señalando que el asunto no planteaba un problema de ley aplicable, sino de reconocimiento de una resolución proveniente de un tercer Estado, para el cual no existe normativa procedente de la Unión Europea aplicable[2].

[2] Auto del TJUE (Sala Primera) de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Sahyouni c. Mamisch*, párrs. 18-20. Véase al respecto de esta decisión, GANDÍA SELLENS M.A. y ZIMMER C. "Reconocimiento y divorcios privados – Reflexiones a la luz del Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Sahyouni c. Mamisch.*", *Bitácora Millenium DIPr.*, núm. 4, pp. 37-46 y CAAMIÑA DOMÍNGUEZ C.M. "Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer Estado: asunto C-281/15 Soha Sahyouni y Raja Mamisch", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2017), vol. 9, núm. 2, pp. 629-634. También AZCÁRRAGA MONZONÍS C. y QUINZÁ REDONDO P. "Comentario del Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016 en el asunto C-281/15", *Cuadernos Civitas de*

Vista la respuesta por parte del TJUE, el *Oberlandesgericht* de Múnich volvió a plantear sus cuestiones prejudiciales, con una motivación más clara esta vez[3]. Dicho procedimiento prejudicial es el que culminó con la Sentencia objeto del presente comentario.

El *Oberlandesgericht* de Múnich pregunta al TJUE si el Reglamento Roma III se puede utilizar para determinar la ley aplicable a un divorcio privado pronunciado ante un tribunal religioso de la sharía en Siria, en el marco de un proceso de reconocimiento "sustantivo"[4]. El órgano alemán remitente, además de preguntar por el ámbito de aplicación material del Reglamento Roma III prosigue con la cuestión de si el art. 10 de dicho Reglamento es aplicable en el contexto del examen de los requisitos para otorgar un reconocimiento "sustantivo". Recordemos que el mencionado precepto prioriza la aplicación de la ley del foro (en este caso, la ley alemana) en aquellos casos en los que la ley aplicable en al divorcio en virtud de otras disposiciones del Reglamento no respete el principio de igualdad entre los cónyuges.

Asimismo, prosigue el *Oberlandesgericht* de Múnich preguntando si la discriminación a la que se refiere el art. 10 del Reglamento Roma III ha de ser considerada en abstracto o si la discriminación debe materializarse en el caso concreto. Y pone como ejemplo de no discriminación en concreto el hecho de que el cónyuge discriminado haya aprobado el divorcio a través de la aceptación de una compensación económica[5].

III. Respuesta jurídica proporcionada: análisis crítico

1. Nota preliminar: las distintas categorías de divorcios privados

Siguiendo a Calvo Caravaca y Carrascosa González, de entre los divorcios extranjeros sin intervención judicial hay que distinguir: a) divorcios privados puros pactados por las partes sin intervención de ninguna autoridad; b) divorcios

Jurisprudencia civil, núm. 102, pp. 549-562. En la doctrina alemana, DIMMLER M., *FamRB*, 2016, pp. 332-333. HELMS T., *FamRZ*, 2016, pp. 1134-1135. GÖSSL S.L., *StAZ*, 2016, pp. 232-236.

[3] Auto del *Oberlandesgericht* de Múnich de 29 de junio de 2016, núm. 34 Wx 146/14.

[4] Véase la diferencia entre el reconocimiento formal y sustantivo en GANDÍA SELLENS M.A. y ZIMMER C. "Reconocimiento… *cit*., pp. 42-43.

[5] Véanse las cuestiones prejudiciales planteadas en el párr. 25 de la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, *Sahyouni c. Mamisch*.

acordados por autoridades públicas no judiciales y c) divorcios privados meramente visados por autoridades públicas extranjeras[6].

La primera categoría de divorcios privados, es decir, los divorcios privados puros, engloba a aquellas situaciones en que las partes convienen terminar su matrimonio sin que esta decisión salga de la esfera privada. Ninguna autoridad pública estatal interviene de ningún modo en el proceso.

La segunda categoría viene constituida por los divorcios acordados por autoridades públicas no judiciales. En este caso, la intervención de la autoridad pública es la de constituir el divorcio. Es decir, la autoridad comprueba la legalidad del acto de divorcio de la misma manera en que lo haría un juez.

Por último, quedan los divorcios privados meramente visados por autoridades públicas extranjeras. En este supuesto, la autoridad pública se limita a dar fe de la voluntad de los cónyuges.

Este supuesto es el que se plantea en el asunto presentado ante el TJUE.

2. Argumentos del TJUE en el asunto *Sahyouni II*

Mediante la Sentencia dictada en el asunto *Sahyouni II*, el TJUE finalmente dio respuesta a la cuestión prejudicial que desde un principio (Sahyouni I) planteó el órgano remitente (el *Oberlandesgericht* de Múnich): si el Reglamento Roma III determina la ley aplicable para el reconocimiento sustantivo (‘révision au fond’) de un divorcio privado meramente visado por una autoridad de un país tercero.

Al respecto, es necesario apuntar que en Alemania en el supuesto de que la resolución procedente de un tercer Estado establezca el divorcio con efecto mero-declarativo, el órgano competente alemán comprobará si los requisitos enumerados por la ley aplicable al divorcio se respetaron (ya que ningún otro órgano estatal ha efectuado dicha comprobación). Esta forma de proceder fue aclarada por la sentencia del *Bundesgerichtshof* de 21 de febrero de 1990[7]. De ahí que los

[6] CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. “Crisis matrimoniales”, en CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. (Dirs.). *Derecho internacional privado*, vol. II, 16ª ed., Comares, Granada, 2016, pp. 343-344. También LÓPEZ-TARRUELLA MARTINEZ A. “El reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial en España”, *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 1, julio 2006, pp. 122-123.

[7] Núm. de la resolución: XII ZB 203/87. En dicha sentencia el *Bundesgerichtshof* se refirió a la anterior normativa (Art. 328 del ZPO (*Zivilprozessordnung* de 5 de diciembre de 2005 -*Bundesgesetzblatt I*, p. 3202; 2006 I p. 431; 2007 I p. 1781-, con la última modificación introducida por la Ley de 11 de

alemanes apliquen su normativa de Derecho internacional privado para determinar cuál fue la ley aplicable[8]. Se trata de un reconocimiento "sustantivo" (que desde el punto de vista procesal es comparable a las sentencias declarativas de divorcio)[9]. Este reconocimiento sigue el método de la referencia al derecho aplicable o método tradicional[10].

El TJUE, en la Sentencia del asunto *Sahyouni II* indicó que el Reglamento Roma III no se aplica a los divorcios privados sin participación constitutiva de una autoridad pública, independientemente de si el divorcio aconteció en un Estado Miembro de la Unión Europea o no[11]. Las razones en las que basó dicha decisión son las siguientes:

En primer lugar, el TJUE señala que el tenor literal del art. 1[12] del Reglamento Roma III (sobre el ámbito de aplicación del Reglamento) no proporciona ninguna guía para dilucidar la cuestión[13].

---

octubre de 2016 -*Bundesgesetzblatt I*, p. 2222-)), la cual se encuentra ahora regulada en idénticos términos en el art. 109 del FamFG. La sentencia abordaba el reconocimiento "sustantivo" de un divorcio acordado entre los cónyuges de manera privada y posteriormente registrado en la administración local en Tailandia.

[8] Crítico con la decisión del legislador alemán, ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. "*Sahyouni* más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16)", en CUARTERO RUBIO, M.V. (coord.) "Crónica de Derecho Internacional Privado", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 35, 2018, pp. 17-18.

[9] Véase, GANDÍA SELLENS M.A. y ZIMMER C. "Reconocimiento… *cit.*, pp. 40 y ss.

[10] PICONE explica que conforme al método tradicional, se hace necesario efectuar un control de la situación jurídica a reconocer, verificando la aplicación, a los diferentes elementos del acto a reconocer, de la/s ley/es aplicable/s conforme a las normas de conflicto del foro. *Vid.* PICONE P. "La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en Droit International Privé", *Recueil des Cours*, t. 197, 1986, II, pp. 288-289.

[11] Párrs. 45 y 47 de la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, *Sahyouni c. Mamisch*. Nótese que en el párrafo 47, al aludir a los divorcios privados que se están introduciendo en los ordenamientos de ciertos países de la Unión, el TJUE señala que la incorporación de estos divorcios al ámbito de aplicación del Reglamento Roma III exigiría ciertas adaptaciones. Véase, al respecto, el apartado IV *infra*.

Además, el TJUE, al responder negativamente a la primera cuestión planteada, no se pronuncia sobre las cuestiones segunda y tercera, ambas relativas al art. 10 del Reglamento Roma III. Sí que lo hizo el Abogado General en sus Conclusiones sobre este asunto. Sobre estas Conclusiones, véase DIAGO DIAGO P. "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, apartado V.

[12] Conforme a este precepto, en su primer apartado, "[e]*l presente Reglamento se aplicará, en las situaciones que impliquen un conflicto de leyes, al divorcio y a la separación judicial*". El segundo

En segundo lugar, el TJUE se refiere al contexto en el que se inscribe el mencionado precepto. En este sentido, alude a las referencias en el Reglamento sobre la intervención de un "órgano jurisdiccional" y a la existencia de un "procedimiento"; referencias que pondrían de manifiesto que el Reglamento tiene por objeto exclusivamente los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal o bien por una autoridad pública o bajo el control de ésta[14].

En tercer lugar, el Tribunal señala la necesidad de que el ámbito de aplicación material y el articulado del Reglamento Roma III sean coherentes con los del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo de 27 de noviembre de 2003 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental[15] (Reglamento Bruselas II bis).

El TJUE abunda seguidamente en varios elementos históricos que acompañaron a ambos Reglamentos. Concretamente recuerda que ambos instrumentos fueron adoptados en el marco de la política de cooperación judicial en materia civil. Seguidamente trae a colación la propuesta de la Comisión de 2006[16], en la que se sugirió incluir las disposiciones de ley aplicable en el Reglamento Bruselas II bis; propuesta que finalmente no prosperó[17].

Finalmente, el Tribunal pone el acento en el objetivo perseguido por el Reglamento Roma III y se apoya en las Conclusiones del Abogado General, quien indicó que en el momento de la adopción de este Reglamento, en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros que participaron en la cooperación reforzada, sólo los órganos públicos podían adoptar resoluciones con valor jurídico en la materia[18]. Además, se alude al hecho de que durante las negociaciones del Reglamento Roma III no se

---

apartado contiene una lista de materias excluidas, entre las que no se encuentran los divorcios privados.

[13] Párr. 37 de la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, *Sahyouni c. Mamisch*.

[14] *Ibid*., párrs. 38-39.

[15] DO L núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

[16] Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) n° 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia a y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, COM(2006) 399 final.

[17] Párrs. 40-43 de la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, *Sahyouni c. Mamisch*.

[18] Párr. 65 de las Conclusiones del Abogado General Sr. Henrik Saugmandsgaard Øe presentadas el 14 de septiembre de 2017, asunto C‑372/16, *Sahyouni c. Mamisch*.

mencionó su aplicación a los divorcios privados[19]. Por último, en vista de la introducción de divorcios privados en los ordenamientos de varios Estados Miembros, el TJUE señala la necesidad de efectuar adaptaciones de competencia exclusiva del legislador de la Unión para aplicar el Reglamento Roma III[20].

3. Comentario al razonamiento del TJUE en el asunto *Sahyouni II*

Los argumentos aducidos por el TJUE en la Sentencia objeto del presente comentario nos parecen débiles, y ello atendiendo a las siguientes razones, a saber:

En cuanto al tenor literal del art. 1 del Reglamento Roma III, si el mismo no proporciona ningún elemento útil para definir el concepto de divorcio, cabe tildarlo de neutro, sin que sirva para excluir, explícitamente, a los divorcios privados.

En relación con el contexto, las referencias a las expresiones "órgano jurisdiccional" o "procedimiento" en el Reglamento examinado llevan al Tribunal a concluir que el objeto del Reglamento son los divorcios pronunciados por un órgano jurisdiccional estatal, o bien por una autoridad pública o bajo el control de ésta.

Sin embargo, también cabría la posibilidad de que dichas expresiones se incluyeran en el Reglamento porque precisamente los procedimientos judiciales son los más habituales. Así, los distintos preceptos del Reglamento se habrían redactado tomando como referencia la situación más habitual en la práctica (procedimientos judiciales), pero sin ánimo, necesariamente, de limitar su ámbito de aplicación a los mismos. Ello, unido al tenor literal neutro del art. 1, no puede dar como resultado una demarcación estrecha del ámbito de aplicación del Reglamento.

Por lo que respecta a la alineación entre el Reglamento Roma III y el Reglamento Bruselas II bis, mientras que es posible que ambos textos utilicen las mismas palabras y posean algunos elementos comunes, se aprecian también diferencias entre ambos. Así, por ejemplo, la doctrina acepta que el divorcio/separación de matrimonios entre personas del mismo sexo se encuentran incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento Roma III y excluidos del ámbito de aplicación del Reglamento Bruselas II bis[21].

---

[19] Párr. 46 de la Sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-372/16, *Sahyouni c. Mamisch*.

[20] *Ibid*., párr. 47.

[21] Véase KOFFEMAN, N., *Morally Sensitive Issues and Cross-Border Movement in the EU*, Intersentia, Cambridge, 2015, pp. 456-459, sobre todo notas 355 y 365, donde se recogen las

Finalmente, el TJUE apunta al objetivo del Reglamento Roma III y lo circunscribe a la cooperación reforzada en el ámbito de la ley aplicable a los divorcios judiciales. Para ello, se apoya en la inexistencia de divorcios privados en la Unión Europea en el momento en que el Reglamento Roma III fue negociado. Sin embargo, el Tribunal parece olvidar el principio de aplicación universal que informa la determinación de la ley aplicable conforme a este Reglamento. Así, según su art. 4, "[l]*a ley designada por el presente Reglamento se aplicará aunque no sea la de un Estado miembro participante*". Por tanto, el ámbito de aplicación del Reglamento no es euro-centrista como sí que lo es el del Reglamento Bruselas II bis. Dicho ámbito de aplicación universal debe sumarse a que en el momento de adoptar el Reglamento sí existían los divorcios privados en Estados radicados fuera de Europa. El legislador alemán creyó, por ende, que el Reglamento Roma III era de aplicación y abandonó sus normas nacionales de Derecho internacional privado.

IV. Valoración: consecuencias prácticas para los novedosos divorcios privados europeos

Visto el procedimiento, se podría entender que el asunto versa sobre los divorcios islámicos dictados en terceros países[22]. Sin embargo, la decisión es aún más relevante en relación con los divorcios privados intra-europeos. Algunos Estados Miembros están introduciendo en sus ordenamientos jurídicos modalidades de divorcio alternativas a al tradicional divorcio judicial (por ejemplo, España[23], Francia[24], Grecia[25]) y animan a su uso en supuestos de petición conjunta de divorcio.

---

distintas posiciones doctrinales en relación con el tratamiento de los matrimonios y uniones entre personas del mismo sexo en relación con el Reglamento Bruselas II bis y el Reglamento Roma III. La no inclusión de este tipo de uniones en el Reglamento Bruselas II bis se justifica por el hecho de que en el momento de negociar el Reglamento este instituto era desconocido para los Estados miembros. En relación con el Reglamento Roma III, se admite la inclusión de dicho instituto por la posibilidad ofrecida por su art. 13 (ausencia de obligación de pronunciar una sentencia de divorcio cuando la legislación del foro no considere válido el matrimonio).

[22] Como sugiere el enfoque dado por los medios de comunicación, por ejemplo: "El derecho europeo no se aplica a un divorcio por la sharía según Tribunal UE", *El Periódico*, edición de 20 de diciembre de 2017, disponible en: https://www.elperiodico.com/es/sociedad/20171220/el-derecho-europeo-no-se-aplica-a-un-divorcio-por-la-sharia-segun-tribunal-ue-6508128 (consultada el día 6 de julio de 2018).

[23] Art. 54 de la Ley de 28 de mayo 1862, Orgánica del Notariado (BOE núm. 149, de 29 de mayo de 1862).

[24] Art. 229.3 del Código civil francés.

[25] KONTOGEORGOU, M., "Die neue einvernehmliche Scheidung in Griechenland im Spiegel der EuEheVO", *NZFam*, 2018, pp. 385-387.

Así, de los párrafos 45 y 47 de la Sentencia se desprende que los divorcios privados con efecto constitutivo (aquellos en los que las autoridades públicas comprueban la legalidad del acto de divorcio de la misma manera en que lo haría un juez) quedan dentro del ámbito de aplicación del Reglamento Roma III; mientras que los divorcios con efecto declarativo (aquellos en los que las autoridades públicas se limitan a dar fe de la voluntad de los cónyuges) quedarían fuera del ámbito de aplicación de dicho instrumento. Nótese que en el párrafo 47, al aludir a los divorcios privados que se están introduciendo en los ordenamientos de ciertos países de la Unión, el TJUE señala que la incorporación de estos divorcios al ámbito de aplicación del Reglamento Roma III exigiría ciertas adaptaciones. Al mismo tiempo, en el párrafo 45 de la Sentencia el TJUE entiende incluidos en el ámbito de aplicación del Reglamento aquellos divorcios en que la intervención de la autoridad pública se equipara a las funciones de los órganos jurisdiccionales estatales (lo que sugiere un efecto constitutivo). Por ende, el TJUE parece excluir los divorcios privados con efecto declarativo del ámbito de aplicación del Reglamento Roma III.

V. Resultado: más dudas que certezas tras la Sentencia *Sahyouni II*

Mientras que la distinción teórica entre los divorcios privados con efecto constitutivo y con efecto declarativo puede tener unos límites más o menos claros, la práctica engloba situaciones que son difíciles de encajar en una u otra categoría de divorcios privados (ya sean éstos con efectos constitutivos o declarativos, que son las dos categorías de divorcios privados que se están recogiendo en los ordenamientos jurídicos de ciertos Estados Miembros). Por tanto, ello suscita una importante cuestión que el TJUE no ha aclarado en su Sentencia: ¿cómo diferenciar en la práctica un divorcio privado con efecto constitutivo de un divorcio privado con efecto declarativo?

En concreto, ¿se podría considerar que existe efecto constitutivo si concurre la obligación de registrar el divorcio por parte de la autoridad competente para dicho registro, si dicha autoridad no efectúa un control sustantivo? ¿Dónde reside la diferencia entre un control sustantivo y la función de fedatario de la voluntad de las partes? ¿Cuán exhaustivo debe ser el control sustantivo para calificar la intervención de la autoridad competente como constitutiva del acto de divorcio? ¿Sería suficiente para establecer el efecto constitutivo llevar a cabo un control del acuerdo entre las partes o también se requiere analizar que el contenido de los términos del divorcio sea justo para ambas partes?

Esta Sentencia, por tanto, plantea más dudas que disipa. Esperemos que el legislador de la Unión aproveche el proceso de modificación del Reglamento Bruselas II bis que se está llevando a cabo en estos momentos para incluir

clarificaciones al respecto, tan necesarias a la vista de las funciones que los Estados Miembros están otorgando en materia de divorcio a ciertas autoridades no judiciales.

A la vista de la respuesta del TJUE (es decir, que el Reglamento Roma III no es aplicable al supuesto de hecho), el *Oberlandesgericht* de Múnich tuvo que decidir cómo proceder (bajo qué normas). Finalmente, decidieron no aplicar el Reglamento Roma III por analogía, y prefirieron "reactivar" las normas nacionales que el legislador alemán había abandonado con la entrada en vigor de dicho Reglamento.

Mientras que la solución a la que apuntaba el Reglamento Roma III (de haberlo aplicado analógicamente) era la de aplicar la ley de la nacionalidad común efectiva[26], que en el presente asunto era la siria, esas normas nacionales "reactivadas" también apuntaban a la ley de la nacionalidad común, pero dando prevalencia a la alemana en caso de que ésta concurra con cualquier otra en ambos cónyuges (como es el caso en este asunto). En consecuencia, el órgano judicial decisor aplicó la ley alemana como ley rectora del divorcio (recuérdese que Alemania se rige por un reconocimiento sustantivo). Dado que las normas alemanas que regulan el divorcio[27] no contemplan los divorcios privados, el *Oberlandesgericht* de Múnich no reconoció el divorcio dictado en Siria[28].

VI. Bibliografía

ÁLVAREZ GONZÁLEZ, S. "*Sahyouni* más allá del espejo. Un comentario posible a la STJ de 20 de diciembre de 2017 (C-372/16)", en CUARTERO RUBIO, M.V. (coord.) "Crónica de Derecho Internacional Privado", *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, vol. 35, 2018, pp. 15-20.

AZCÁRRAGA MONZONÍS C. y QUINZÁ REDONDO P. "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.

[26] De conformidad con el art. 8.c) del Reglamento Roma III, como se señala en la descripción de los hechos de la propia Sentencia del asunto *Sahyouni II*, párr. 22: "*A falta de una elección válida de la ley aplicable y de una residencia habitual común de los cónyuges durante el año anterior al divorcio, el Derecho aplicable debía determinarse conforme a lo dispuesto en el artículo 8, letra c), de este Reglamento. Cuando ambos cónyuges tienen doble nacionalidad, el factor determinante es la nacionalidad efectiva en el sentido del Derecho nacional, que, en la fecha del divorcio de que se trata, era la nacionalidad siria*".

[27] La sección 1564 del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) solo prevé el divorcio judicial.

[28] *Oberlandesgericht* de Múnich, Beschluss v. 13.03.2018, núm. 34 Wx 146/14, disponible en: http://gesetze-bayern.de/Content/Document/Y-300-Z-BECKRS-B-2018-N-003257 (consultada el día 6 de julio de 2018).

CAAMIÑA DOMÍNGUEZ C.M. "Divorcio privado dictado por un tribunal religioso de un tercer Estado: asunto C-281/15 Soha Sahyouni y Raja Mamisch", *Cuadernos de Derecho Transnacional* (octubre 2017), vol. 9, núm. 2, pp. 629-634.

CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. "Crisis matrimoniales", en CALVO CARAVACA A.L. y CARRASCOSA GONZÁLEZ J. (Dirs.). *Derecho internacional privado*, vol. II, 16ª ed., Comares, Granada, 2016.

DIAGO DIAGO P. "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, pp. 1-11.

DIMMLER M., *FamRB*, 2016, pp. 332-333.

GANDÍA SELLENS M.A. y ZIMMER C. "Reconocimiento y divorcios privados – Reflexiones a la luz del Auto del TJUE de 12 de mayo de 2016, asunto C-281/15, *Sahyouni c. Mamisch.*", *Bitácora Millenium DIPr.*, núm. 4, pp. 37-46.

GÖSSL S.L., *StAZ*, 2016, pp. 232-236.

HELMS T., *FamRZ*, 2016, pp. 1134-1135.

KOFFEMAN, N., *Morally Sensitive Issues and Cross-Border Movement in the EU*, Intersentia, Cambridge, 2015.

KONTOGEORGOU, M., "Die neue einvernehmliche Scheidung in Griechenland im Spiegel der EuEheVO", *NZFam*, 2018, pp. 385-387.

LÓPEZ-TARRUELLA MARTINEZ A. "El reconocimiento de decisiones extranjeras de divorcio, separación judicial y nulidad matrimonial en España", *Revista de la Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas de Elche*, vol. I, núm. 1, julio 2006, pp. 108-123.

PICONE P. "La méthode de la référence à l'ordre juridique compétent en Droit International Privé", *Recueil des Cours*, t. 197, 1986, II, pp. 229-420.