

PROYECCIÓN DE LA COMPETENCIA DE LAS AUTORIDADES DE LOS ESTADOS MIEMBROS SOBRE MENORES RESIDENTES EN TERCEROS ESTADOS: LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA

INTERNATIONAL JURISDICTION OF THE MEMBER STATES COURTS OVER MINORS WITH HABITUAL RESIDENCE IN THIRD STATES: THE SPANISH SITUATION

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS

Profesora Titular de DIPr de la UNED

Revista General de Derecho Europeo, Nº52, Noviembre 2020

I. INTRODUCCIÓN; II. PROYECCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE LA UNION EUROPEA SOBRE MENORES CON RESIDENCIA HABITUAL EN TERCEROS ESTADOS; 1. Prórroga de la competencia en supuestos conectados con el *forum divortii*: dos ejemplos a examen; 1.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 8 enero de 2015; 1.2. Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) de 6 de septiembre de 2017; 2. Aplicación del art. 12.3 del R. 2201/2003: prórroga de la competencia en supuestos distintos a las crisis matrimoniales; 3. Aplicación del artículo 14 del R 2201/2003: la normativa interna como criterio residual de competencia; 1.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 31 de mayo de 2018; 1.2. Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª) de 18 de julio de 2018; III. FALTA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS SOBRE MENORES CON RESIDENCIA HABITUAL EN TERCEROS ESTADOS: APLICACIÓN DE LA NORMA CONVENCIONAL; 1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 17 mayo de 2017; 1.1. Ámbito material de aplicación: extensión de la jurisprudencia del TJUE al CHL de 1996; 1.2. Aplicación del artículo 61 del R. 2201/2003; 2. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 16 de abril de 2018; IV. CONCLUSIONES

Sumario: A través de este estudio se pretende analizar cómo actúan las autoridades españolas cuando se solicitan ante ellas la adopción de medidas sobre menores cuya residencia habitual esta situada en un tercer Estado. Con ello se podrá observar la aplicación e interpretación que se realiza en la práctica de la normativa que, de distinta fuente, permite dicha intervención.

Abstract: This study deals with the way on the spanish authorities decide when there is an application before them in relation with minors who have their habitual residence in a third State. Through the practial overview it will be possible to consider how the judicial authorities apply the UE Regulation, international conventions and domestic law.

Key words: menores, residencia habitual, terceros Estados, competencia judicial internacional, R. 2201/2003, CLH de 1996, R. 4/2009

Palabras clave: minors, habitual residence, third States, international jurisdiction, Regulation 2201/2003; 1996 Hague Convention, Regulation 4/2009

I. Introducción

La intervención de las autoridades de un Estado miembro cuando se solicitan medidas de protección sobre un menor en supuestos internacionales suele estar fundamentada en su proximidad con el menor. Vinculación o proximidad que cristaliza en la localización de la residencia del menor en el territorio del Estado. Sin embargo, el contexto en el que se desarrolla este trabajo no cumple con la referida proximidad entre las autoridades y el menor.

Pues bien, desde hace un tiempo ha habido un aumento del número de supuestos en los que se solicita la intervención de las autoridades españolas para adoptar medidas de protección sobre menores cuya residencia habitual no está situada en España, ni siquiera en otro Estado miembro, sino en un tercer Estado. Esta realidad se corrobora si tenemos en cuenta algunos estudios sobre la práctica existente en otros Estados miembros donde los números son inferiores a los que se presentan en España¹.

Por tanto, son supuestos que siendo en líneas generales no muy habituales hay que resolver y que plantean dudas interesantes. A fin de analizar cuál es la situación real y actual del problema el objetivo del trabajo es analizar la práctica jurisprudencial. A estos efectos se ha procedido a recopilar las decisiones judiciales, principalmente de nuestras Audiencias, desde el año 2015 al año 2019 tratando exponer las circunstancias y valorando posteriormente los resultados obtenidos.

Una lectura más atenta de las decisiones judiciales permite clasificar las cuestiones a tratar en los siguientes grupos de problemas: el primero afecta a la propia comprensión de la aplicación de la normativa de la Unión Europea sobre

¹ De este estudio grosso modo los datos son: un caso detectado y resuelto en Austria, uno en Alemania, uno en Estonia, uno en Grecia y uno en Suecia, dos casos en Bélgica, *Regulation Brussels II Bis*. Guide for Application, As part of the final output from the project 'Cross-Border Proceedings in Family Law Matters before National Courts and CJEU', funded by the European Commission's Justice Programme (GA - JUST/2014/JCOO/AG/CIVI/7722). July 2018, pp. 111-112.

menores residentes en terceros Estados (II); el segundo se refiere a la incidencia en la atribución de la competencia judicial internacional de las autoridades españolas cuando, en los mismos supuestos analizados en el apartado anterior, resulta aplicable la normativa convencional (III); y, por último, haremos una serie de reflexiones con los resultados obtenidos de la práctica (IV).

II. PROYECCIÓN DE LOS INSTRUMENTOS DE LA UNION EUROPEA SOBRE MENORES CON RESIDENCIA HABITUAL EN TERCEROS ESTADOS

Como se ha afirmado en un principio la proximidad de las autoridades con el menor cristaliza en el criterio de la residencia habitual del mismo en el territorio del Estado, respondiendo esta vinculación al interés del menor. Ahora bien, esta regla tiene, entre otras, las siguientes excepciones: supuesto de prórroga de la competencia para asuntos vinculados con crisis matrimoniales -el denominado *forum divortii*-; prórroga de la competencia para en asuntos no vinculados a crisis matrimoniales; y la aplicación de las normas de competencia judicial internacional fuente interna de forma residual.

Si con carácter general son las autoridades de la residencia habitual del menor las que mejor responden a su interés, aquellas que a pesar de no ser dichas autoridades asumen la competencia como excepción deben fundamentar debidamente las razones sobre las que argumentan su decisión. Esta afirmación debería de presidir tanto la norma en la que reside la atribución de la competencia como la actuación de la propia autoridad; sin embargo, comprobaremos que no siempre es así.

Desde la perspectiva de los instrumentos de DIPr que interesan a las autoridades españolas el *forum divortii* está incluido en el artículo 12.1 del Reglamento (CE) Nº 2201/2003 de 27 de noviembre de 2003 del Consejo 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) no 1347/2000² (en adelante R. 2201/2003) y en el artículo 10 del Convenio relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la

² DOUE, núm. 338, de 23 de diciembre de 2003.

cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996³, (en adelante CLH de 1996). La prórroga de la competencia en el caso de supuestos que no estén vinculados con crisis matrimoniales se regula en el artículo 12.3 del R. 2201/2003, sin que en el CLH de 1996 haya previsión al respecto. Por último, se incorpora en el artículo 14 de R. 2201/2003 la posibilidad de aplicar con alcance residual las normas internas de competencia judicial internacional, sin embargo, el CLH de 1996 no se refiere a la aplicación de forma subsidiaria de las normas internas de competencia de los ordenamientos de los Estados parte del texto.

1. Prórroga de la competencia en supuestos conectados con el *forum divortii*: dos ejemplos a examen

1.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12ª) de 8 enero de 2015

La decisión adoptada por la AP de Barcelona a principios de 2015⁴ es la primera, de las siete sentencias que se van a analizar, en la que se plantea y resuelve la competencia de las autoridades judiciales españolas para adoptar medidas de protección sobre menores con residencia habitual en un tercer Estado.

La intervención de las autoridades españolas surge en un contexto de disolución del vínculo por divorcio -este elemento es un dato fundamental para el análisis de la decisión-. Los hechos brevemente fueron: una pareja de nacionales chinos residen en Barcelona con tres de sus cuatros hijos. El cuarto reside en China junto los abuelos maternos, según establecen los hechos de la decisión.

La progenitora, como demandante, plantea ante la autoridad española una demanda de divorcio y en la misma solicita, entre otras medidas y sobre todos los menores, la atribución del derecho de custodia, un derecho de visita en favor del padre, un derecho de alimentos en favor de los hijos, así como la determinación del pago de los gastos extraordinarios etc. El Juzgado de Primera Instancia decreta el divorcio entre las partes y resuelve sobre cada una de las

³ BOE núm. 291, de 2 de diciembre 2010.

⁴ Jur/2015/76317

referidas peticiones en relación a todos los menores, incluidas aquellas medidas que se solicitan sobre los hijos que residen en China⁵ (aunque parece que uno de los menores regresa a España en el periodo que transcurre entre la resolución dictada en Primera Instancia y el recurso de Apelación que se presenta).

El recurso de apelación planteado por el progenitor se centra, conforme alega la parte demandante, en la errónea valoración de la prueba en relación a la cuantía concedida como pensión de alimentos en favor de los hijos. Al recurso se oponen tanto el Ministerio Fiscal como la demandante.

La AP, ante la existencia en el supuesto de elemento extranjero, comienza por el análisis de la competencia judicial internacional y del derecho aplicable al proceso de divorcio, resolviendo de forma correcta ambas cuestiones.

El segundo bloque temático sobre el que se cuestiona la competencia judicial internacional gira en torno a los denominados efectos legales y patrimoniales derivados de la acción y, en particular, trataremos aquellas medidas que se solicitan sobre los menores.

Comienza la AP por la cuestión relativa a la responsabilidad parental. Para este aspecto mientras que para aquellos hijos que residen en España el foro de competencia por el que se atribuye el conocimiento del asunto a las autoridades españolas es el artículo 8 del R. 2201/2003, que atiende al foro de la residencia habitual del menor, ¿qué criterio emplea el Tribunal para determinar la competencia judicial internacional en el caso del menor cuya residencia no está en territorio español?

La AP se refiere al foro de competencia del artículo 12 del R. 2201/2003. Es de sobra conocido que a través de este precepto la autoridad del EM que está resolviendo sobre el divorcio podría pronunciarse también sobre la

⁵ Así establece el juzgador que el derecho de custodia se atribuirá a la madre cuando los menores regresen a España y que el régimen de visitas, previsto para aquellos que residen aquí, se aplicará también sobre los hijos cuya residencia habitual actual está en China, todo ello cuando retornen a España. En relación al derecho de alimentos también se refiere el juzgador a la pensión que corresponderá a quienes residen en China, estableciendo que la cuantía ordenada en favor de los menores con residencia en España deberá también ser abonada cuando los menores que ahora residen en el tercer país vuelvan a España y queden bajo la guarda y custodia de la madre.

responsabilidad parental de menores que no residen en su territorio⁶. En efecto, se trata de un criterio alternativo al foro de la residencia habitual del menor que ofrece la posibilidad a las partes de litigar, en uso de su autonomía de la voluntad, ante otra autoridad judicial para resolver sus pretensiones sobre los menores. Esta opción el R. 2201/2003 la limita a litigar ante las autoridades de un EM por su vinculación a otro litigio, como en este caso -artículo 12.1-, o por la vinculación que ese tribunal pueda tener con el menor, -artículo 12.2-, (*vid., infra.*, apartado 2).

Centrados en el supuesto resuelto por la AP de Barcelona, el propósito que preside el artículo 12.1 del R. 2201/2003 se centra en que los dos procedimientos se tramiten ante los tribunales de un mismo Estado miembro, rebajando con ello los costes y, además, en el caso español permite una conexidad procesal que facilita la concentración sustantiva de los procedimientos⁷.

La primera cuestión que surge es, ¿resulta aplicable el artículo 12.1 que establece la prórroga de jurisdicción a los tribunales de un Estado miembro cuando el menor reside en el territorio de tercer Estado? En definitiva, se trata de determinar si R. 2201/2003 requiere la denominada “vinculación comunitaria” para ser aplicable y en su caso cuál.

En principio, conforme al artículo 12.1 del R. 2201/2003, y a diferencia de los preceptos similares incluidos en los textos que han precedido al citado Reglamento⁸, no hay ninguna referencia a la limitación en la aplicación del

⁶ La posibilidad que contempla el artículo 12 del R. 2201/2003 estaba presente ya desde *Convenio de 28 de mayo de 1998 sobre reconocimiento y ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y la protección de los hijos comunes con motivo de las crisis matrimoniales* (publicado juntamente con el denominado “Informe Borrás” en el *DOC 221*, de 16 de julio de 1998). En relación al artículo 3 del citado Convenio la relatora del Informa afirmada: “La estructura y contenido de esta disposición son el resultado de una difícil negociación, tanto desde el punto de vista interno de la Comunidad como respecto a las relaciones de carácter mundial y, particularmente, en lo que concierne al Convenio de La Haya de 1996”, apartado 36.

⁷ En el caso español véanse los artículos 777 y el artículo 769 de la LEC en relación a las normas internas de competencia que permite que sea la misma autoridad la que resuelva los procedimientos. En este punto la solución del Reglamento es más amplia que la prevista en el art. 10.1 CH1996, que sólo permite la asunción de competencia si el Estado parte acepta en su normativa interna la conexidad para los dos asuntos. *Vid.* PATAUT, E., «Article 12», *Brussels IIbis Regulation*, MAGNUS, U./MANKOWSKI, P. (eds.), Sellier, Munich, 2012, pp. 145-159, pp. 148.

⁸ Hay que advertir que en su predecesor el *Reglamento (CE) nº 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes*, el artículo 3 sí requería para ser aplicable la residencia del menor en otro EM, evidentemente distinto del EM donde se estaba resolviendo el proceso de divorcio. Esta autolimitación en la

precepto; por tanto, supuestos como el resuelto por la AP de Barcelona, menor con residencia habitual en China, estarían dentro del ámbito de aplicación del artículo⁹, -siempre que se cumplan obviamente las circunstancias requeridas en el precepto-.

Situación distinta sería si el tercer Estado, lugar de residencia habitual del menor, hubiera suscrito el CLH de 1996. En ese caso cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado no miembro que es parte del CLH de 1996 éste se aplica con preferencia al R. 2201/2003. En consecuencia, la autoridad de un EM contratante -en este caso la autoridad española- tendría que resolver aplicando para ellos las previsiones del artículo 10 del CLH de 1996¹⁰ (véase, *infra.*, apdo. III)

Entendemos necesario aclarar que el artículo 61 del R. 2201/2003 establece la relación del R. 2201/2003 con el CLH de 1996, determinando la aplicación preferente del Reglamento sobre la norma convencional cuando el menor tenga su residencia habitual en un EM a la vez parte del CHL de 1996 (art. 61 letra a) del R. 2201/2003). En consecuencia, si el menor reside en el territorio de un Estado miembro de la UE la normativa comunitaria resulta aplicable; ahora bien, ello no debe conducir a descartar la aplicación del R. 2201/2003 cuando el menor resida en un tercer Estado. Insistimos en que el artículo 61 es un precepto que regula las relaciones entre los dos textos; en consecuencia, una situación como la descrita en el supuesto -menor con residencia habitual en un tercer Estado no parte del CLH de 1996- no está incluida en la aplicación del artículo 61. El supuesto de hecho no plantea ninguna cuestión en torno a la relación del R. 2201/2003 y del CLH de 1996; por tanto, dicho precepto no opera para esta situación¹¹.

aplicación del texto estaba presente también en el Convenio de Bruselas II bis y en palabras de Alegría Borrás: “facilitaba con ello la compatibilidad entre el CLH de 1996 y el Convenio de Bruselas II bis”, *vid.*, *Informe Explicativo, op. cit.*, apartado 36.

⁹ En este sentido véase T Rauscher, “Parental Responsibility Cases under the new Council Regulation ‘Brussels IIA’”, *The European Legal Forum*, 1-2005, 37 – 46, p 40.

¹⁰ Hay que tener en cuenta que este precepto limita su aplicación a menores con residencia habitual en otro Estado contratante cuando determina: “(...) las autoridades de un Estado contratante, en el ejercicio de su competencia para conocer de una demanda de divorcio o separación de cuerpos de los padres de un niño con *residencia habitual en otro Estado contratante* (...)”.

¹¹ Lo interpretan de forma distinta A. Del Ser López, D. Carrizo Aguado, “Reglas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de la residencia habitual

El artículo 12.1 del R. 2201/2003 somete la posible competente de la autoridad que conoce del divorcio a diferentes condiciones: el ejercicio de la responsabilidad parental por uno de cónyuges; la aceptación de la competencia de forma expresa o de cualquier otra forma inequívoca por los cónyuges o por los titulares de la responsabilidad parental en el momento de someter el asunto ante el órgano jurisdiccional; como última condición el tribunal tiene que verificar que su competencia responde al interés del menor.

El elemento que mayor discusión ha creado es la constatación de la existencia de acuerdo de las partes a la hora de aceptar la prórroga de la competencia en favor del tribunal que conoce del divorcio¹². La AP de Barcelona se refiere a la concurrencia de este elemento en la medida que ninguno de los progenitores ha cuestionado dicha competencia; por tanto, la AP entiende que este no se trata de un supuesto de sumisión expresa, sino de aceptación de forma inequívoca de la competencia.

En relación al último requisito, que la competencia responda al *interés del menor*, conlleva la necesidad de que en este caso el tribunal del *forum divortii* verifique la oportunidad de su competencia. La AP de Barcelona se refiere a la presunción del artículo 12.4 del R. 2201/2003 que establece la concurrencia de dicho interés en el caso de menores con residencia habitual en terceros Estados no parte del CLH de 1996, en particular, cuando el proceso no es posible en dicho Estado. Por tanto, entiende la AP que este requisito en el caso actual está cumplido.

del menor y estudio de la competencia residual”, *Revista Unión Europea*, 10, Octubre 2019, pp. 49-74. Cuando afirman: “Por tanto, cuando un menor tiene su residencia habitual en un Estado que no es miembro de la UE ni parte en el Convenio de la Haya de 1996, el legislador bajo su imprecisión hace que nos encontremos con la situación siguiente: con arreglo al art. 61.1 a) el Reglamento (CE) 2201/2003 no puede aplicarse; igualmente, en base a lo dispuesto por el Convenio de la Haya de 1996, sólo aplicable a los menores cuya residencia habitual se encuentra en un Estado parte. Sin embargo, el art. 12.4 Reglamento (CE) 2201/2003 en palmaria contradicción con el art. 61 a) precisa que el foro contenido en dicho precepto legal puede aplicarse a un menor que tiene residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que no sea Estado parte en el Convenio de la Haya de 1996”, pp. 61-62.

¹² La jurisprudencia del TJUE sobre la interpretación de este extremo en aplicación del artículo 12 del R. 2201/2003 ha sido muy importante a la hora de modificar dicho texto por el artículo 10 del *Reglamento 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*. Se trata en particular de los asuntos C-436/13, de 1 octubre 2014, *E. c. B.*, ECLI:EU:C:2014:2246; C-656/13, de 12 noviembre 2014, *L. c. M.*, ECLI:EU:C:2014:2364; C-215/15, de 21 octubre 2015, *Gogova c. Ilev*, ECLI:EU:C:2015:710.

Una de las críticas que ha recibido la intervención de las autoridades en el supuesto de residencia del menor en un tercer Estado se vincula a la dudosa eficacia que tendrán las medidas adoptadas sobre el menor¹³. En definitiva, ¿responden al interés del menor medidas cuya eficacia es más que cuestionable en el Estado de su residencia habitual? La AP de Barcelona no se plantea tal extremo.

Sin embargo, el tribunal justifica su competencia para adoptar medidas con el hecho de la futura venida del menor a España, momento en que tales medidas desplegaran su eficacia. Ahora bien, este elemento plantea un nuevo interrogante que tiene que ver con la cambiante realidad de estas situaciones y que llevan a cuestionar si las medidas adoptadas ahora se acomodarán a la realidad futura del menor si este es desplazado a España.

1.2. Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 1ª) de 6 de septiembre de 2017¹⁴

Se presenta una demanda de divorcio de mutuo acuerdo ante el Juzgado de Instancia núm., 10 de León. Las partes residentes en España aportan un convenio regulador al juez en el que se establecen las medidas acordadas sobre un menor con residencia habitual en Senegal.

El juez de Primera Instancia establece su competencia para conocer de la disolución del matrimonio por divorcio, pero rechaza su competencia para conocer sobre lo acordado en el convenio sobre el derecho de custodia y de visita del menor, así como lo relativo a los alimentos por falta de competencia judicial internacional si bien reconoce: “el derecho del hijo menor de los litigantes a ser alimentado por sus progenitores y la obligación de éstos de contribuir a su sustento (...)”.

Ante la AP ambas partes presentan recurso de apelación solicitando que se apruebe el convenio regulador en todos sus extremos incluidos los pronunciamientos sobre la guarda y custodia, así como el derecho de alimentos.

¹³ De Boer, TM., “What we should not expect from a recast of the Brussels IIbis Regulation”, *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 33(1), 10-19. [91], p. 14

¹⁴ ECLI: ES:APLE:2017:857

La AP primero delimita las materias sobre las que versa el recurso y sobre las que se pide la homologación del convenio regulador: responsabilidad parental y derecho de alimentos. Con esta delimitación se propone establecer cuáles son los instrumentos jurídicos aplicables.

En relación a la responsabilidad parental la AP emplea el criterio de la residencia habitual del menor para: por un lado, determinar la aplicación del R. 2201/2003, y con ello fija el ámbito espacial del texto determinando su aplicación con independencia de que la misma esté en un Estado miembro o en un tercer Estado; por otro lado, y tras establecer aplicación del R. 2201/2003, determina el uso de la residencia habitual como foro que establecerá la posible competencia de los tribunales.

La AP demuestra en toda su argumentación un conocimiento profundo del artículo 12 de R. 2201/2003 refiriéndose a todos y cada uno de los apartados del citado precepto y ello, aunque solo sea aplicable al supuesto el primero. En relación con las condiciones que se han de cumplir para asumir la competencia en base al artículo 12.1 se detiene tanto en la cuestión relativa a si los progenitores son o no titulares de la responsabilidad parental sobre un menor que reside en el extranjero bajo el cuidado en este caso de la abuela; como en el análisis del interés del menor. Creemos que la AP entiende que al tratarse de un divorcio de mutuo acuerdo en el que las medidas estaban consensuadas presupone con ello el acuerdo de los progenitores en torno a su competencia en materia de responsabilidad parental y, en consecuencia, no analiza la condición del acuerdo de los progenitores en torno a la competencia del juez del divorcio.

En relación al primer aspecto, en efecto los progenitores ostentan la titularidad de la responsabilidad parental, aunque sea otra la persona que ejerce de forma efectiva el cuidado sobre el menor; en consecuencia, se cumple la primera de las condiciones del art.12.1 del R. 2201/2003.

En segundo lugar, sobre el interés del menor asume la presunción del artículo 12.4, por la que su competencia responde a dicho interés cuando se trata de adoptar medidas sobre menores con residencia habitual en terceros Estados no miembros del CLH de 1996. Reforzando su decisión en que ambos progenitores

son españoles y residen en España, así como en el hecho de que nada impide a los tribunales del tercer Estado adoptar igualmente medidas de protección.

Como ocurre en muchos de los supuestos el conocimiento por parte las autoridades españolas de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental sobre menores con residencia habitual en terceros Estados “arrastra” también la competencia de las mencionadas autoridades para resolver en materia de alimentos. Así la aplicación del foro por accesoriadad de la letra d) artículo 3 del R. 4/2009 permite, como en este caso, que la autoridad española resuelva y conceda el derecho de alimentos en favor del menor aspecto sobre el que, además, ambas partes están conformes.

La AP argumenta en su decisión de forma expresa que el conocimiento del asunto por la autoridad española es en interés del menor y finaliza afirmando: “Lo que no es admisible es la desprotección del menor sin adoptar medida alguna en relación con la responsabilidad parental y alimentos (artículos 91 y 92.1 del Código Civil), en relación con todos los demás preceptos de protección de los derechos del menor, incluso aunque no resida en territorio español”. Revoca en consecuencia la parte de la decisión del Juez de Primera Instancia que rechaza homologar la parte del acuerdo por falta de competencia y establece que, sin prejuzgar la decisión el Juez de Primera Instancia, habrá o bien que homologar el convenio presentando o bien en caso de no homologarlo solicitar la redacción de uno nuevo.

Lo que parece más claro en este asunto es el hecho de que las partes llegaron a un acuerdo plasmado en el convenio, que ha sido homologado por el órgano judicial en su sentencia; no parece, por tanto, que las medidas adoptadas por las autoridades españolas no vayan a ser eficaces en el territorio del tercer Estado¹⁵.

2. Aplicación del art. 12.3 del R. 2201/2003: prórroga de la competencia en supuestos distintos a las crisis matrimoniales

¹⁵ Este es uno de los supuestos en los que la doctrina que esgrime la falta de eficacia de las medidas adoptadas en tales casos entiende, sin embargo, que para estos supuestos sí sería posible tal eficacia *vid.*, De Boer, TM., “What should not expected...”, *op. cit.*, nota al pie 36.

Ante el Juzgado de Primera Instancia núm., 45 de Barcelona se interpone una demanda por la progenitora -al parecer de nacionalidad española- en la que solicita la patria potestad en exclusiva -para tramitar el pasaporte-, así como una petición de una pensión de alimentos en favor de los hijos cuya residencia habitual está localizada en Bolivia. Ante la decisión del juez declarando su falta de competencia, la progenitora recurre a la AP de Barcelona (Sección 18) que resuelve por Sentencia de 16 de octubre de 2019¹⁶.

De nuevo se trata de establecer si las autoridades españolas tienen competencia para resolver sobre medidas que recaen en menores con residencia habitual en un tercer Estado. A diferencia de los supuestos analizados en el apartado anterior, en este caso la situación no está vinculada a un proceso de divorcio dado que los progenitores eran pareja de hecho; en consecuencia, se trata de un proceso exclusivo de guarda y custodia, así como de petición de alimentos reclamados por un progenitor contra el otro en nombre de los hijos menores (artículo 769.3 de la LEC)¹⁷.

Pues bien, dada la residencia de los menores en Bolivia la AP descarta la aplicación del CLH de 1996 dado que el texto no ha sido ratificado por dicho Estado. En su argumentación la AP aplica R. 2201/2003 y, en particular, examina si las condiciones que establece el artículo 12.3 se cumplen lo que la llevaría a asumir la competencia que el juez de Primera Instancia denegó.

Del examen de las condiciones que hace la AP se desprende: (1) en relación al elemento de la aceptación de la competencia por todas las partes, la AP comprueba su cumplimiento y sostiene: “Conforme a dicho precepto pueden considerarse competentes los Tribunales españoles si el demandado acepta la competencia una vez sea citado de comparecencia y este ha sido el caso”; (2) en relación a la conexión sustancial del menor con España, la AP entiende que la residencia de los padres en territorio español es un elemento que expresa la vinculación del mismo con España; (3) en relación al hecho de que la competencia responda al interés del menor, también se detiene la AP en su

¹⁶ ECLI: ECLI:ES:APB:2019:7771A

¹⁷ Hay que recordar que el TJUE ya se ha pronunciado sobre la aplicación del artículo 12.3 del R. 2201/2003 a supuestos distintos a los de las crisis matrimoniales en el asunto C-656/13, de 12 noviembre 2014, *L c. M.*, ECLI:EU:C:2014:2364.

análisis vinculando el mismo con la facilidad que tendrán los progenitores de litigar en España -dada su residencia en el territorio- favoreciendo con ello una rápida solución.

No entra la AP a analizar su competencia en lo que hace a la petición de alimentos. No cuestiona en ningún momento qué instrumento sería el aplicable y si conforme al mismo tendría o no competencia; sin embargo, en la parte dispositiva sí se la atribuye, revocando el auto apelado. Su competencia se derivaría bien de la aplicación de la letra d) del artículo 3 del R. 4/2009 como acción accesoria a la relativa a la responsabilidad parental, o bien en aplicación del foro de la residencia habitual del demandado, conforme al artículo 3 letra a) del citado instrumento.

La AP establece, por tanto, la competencia de los Tribunales españoles para el procedimiento siga su curso.

3. Aplicación del artículo 14 del R 2201/2003: la normativa interna como criterio residual de competencia

El R. 2201/2003 contiene entre sus normas otra excepción a la competencia general de las autoridades de la residencia habitual del menor. Se trata de la aplicación residual de las normas de competencia internas de los Estados miembros. De manera que, si el menor tiene su residencia habitual en un tercer Estado y no existe otro tribunal de otro Estado miembro competente, la competencia se determinará en cada Estado miembro con arreglo a las leyes de dicho Estado. Este precepto conlleva la aplicación residual de las normas de fuente interna de competencia judicial internacional o de otros instrumentos internacionales que estuvieran en vigor¹⁸.

¹⁸ El artículo 14 recoge la competencia residual sigue en iguales términos en el nuevo *Reglamento 2019/1111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores*. La aplicación de los instrumentos internacionales que estuvieran en vigor queda ya clara en la novedosa redacción del considerando 29.

De entre la normativa de fuente interna hay que citar: la Ley 54/2007 de Adopción Internacional, su artículo 32 regula la competencia de las autoridades españolas para la constitución de medidas de protección sobre menores. Esta norma remite a los criterios de los instrumentos internacionales, en particular al R. 2201/2003 y al CLH de 1996. En consecuencia, conforme al R. 2201/2003, las normas residuales de competencia previstas para las autoridades españolas están incluidas en la LOPJ, en concreto, en el artículo 22 quáter letra c)¹⁹, así como tampoco habría que descartar la posible aplicación del artículo 22 octies en su párrafo tercero en el que se incluye el *foro de necesidad* que establece la competencia de las autoridades españolas cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia²⁰. Igualmente, no han faltado pronunciamientos que se han referido a la aplicación del artículo 22 ter en el que se recoge como criterio de competencia el foro general del domicilio del demandado en España²¹. Además, como norma residual, sería susceptible de ser aplicada la normativa de fuente internacional como el Convenio de La Haya de 1961²².

En los siguientes apartados se analiza en qué supuestos y cómo se ha producido la aplicación de este precepto por parte de la práctica judicial española.

1.1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 31 de mayo de 2018²³

El supuesto que se plantea discurre en el marco de una disolución de un matrimonio por divorcio solicitado por un nacional español, con residencia en

¹⁹ El artículo 22 quáter letra c) establece la competencia de los tribunales españoles: “En materia de filiación y de relaciones paterno-filiales, protección de menores y de responsabilidad parental, cuando el hijo o menor tenga su residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o el demandante sea español o resida habitualmente en España o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”.

²⁰ El criterio del foro de necesidad se incluye en distintos ordenamientos de nuestro entorno y, además, en algún caso ha sido empleado como norma residual de competencia por la aplicación del R. 2201/2003. Véase al respecto el interesante estudio *Regulation Brussels II Bis. Guide for Application*, As part of the final output from the project ‘Cross-Border Proceedings in Family Law Matters before National Courts and CJEU’, funded by the European Commission’s Justice Programme (GA - JUST/2014/JCOO/AG/CIVI/7722). July 2018, pp. 112-114.

²¹ SAP de Barcelona (Sección 18) Auto num. 388/2019 de 16 octubre.

²² P. Orejudo., “Diez años de aplicación e interpretación del Reglamento Bruselas II bis sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental (análisis de los aspectos de competencia judicial internacional)”, *La Ley. Unión Europea*, núm. 21, 2014, pp. 5-22.

²³ ECLI: ECLI:ES:APB:2018:5395

España, frente a una nacional también española cuyo lugar de residencia, junto con sus tres hijos, está en la India, si bien se encuentran en paradero desconocido.

El tribunal en Primera Instancia acuerda la disolución del vínculo descartando, por falta de competencia judicial internacional, aprobar las medidas en relación a los menores²⁴. Frente a esta decisión apela el progenitor con el propósito de que el Tribunal acuerde las medidas solicitadas.

La AP, tras excluir la aplicación del artículo 8 y del artículo 12 del R. 2201/2003, se remite a la previsión del artículo 14 dando paso con ello al artículo 22 quater de la LOPJ. Conforme a los criterios de competencia de este precepto, dada la nacionalidad española del demandante, e igualmente residente en España, la AP asume la competencia para resolver²⁵.

En lo relativo a la cuestión de los alimentos la AP aplica un criterio matizado por el TJUE. La Audiencia se atribuye competencia en materia de alimentos en aplicación del foro por accesoriadad como consecuencia de una demanda relativa al estado de las personas (artículo 3 letra c) del R. 4/2009).

Pues bien, en el asunto C-184/14, resuelto en Sentencia de 16 de julio de 2015²⁶, el TJUE mantiene que la acción de alimentos en favor de un menor es accesoria a la acción de responsabilidad parental y no a la de divorcio, es decir, no resulta accesoria a una demanda relativa al estado de las personas. En consecuencia, en el supuesto resuelto por la AP el Tribunal debería de haber aplicado la letra d) del artículo 3 del R. 4/2009 y no la letra c) del citado precepto²⁷. Si bien, hay que apuntar que el resultado en la práctica en este caso hubiera sido el mismo.

²⁴ En ellas solicitaba la guarda y custodia en favor de la madre; un régimen de visitas a su favor para cuyo efectivo cumplimiento la madre habrá de trasladar y entregar los menores al progenitor; por último, ofrece una pensión de alimentos de una cantidad de 125 euros para cada hijo.

²⁵ Otro ejemplo de aplicación del artículo 22 quater de la LOPJ por remisión del artículo 14 del R. 2201/2003 se encuentra en la SAP de Barcelona (Sección 18) de 20 de noviembre de 2017, ECLI: ES:APB:2017:13088. En este caso, aunque la AP se inclina por aplicar dicho precepto y asumir la competencia para conocer por la residencia habitual de la demandante en España, finalmente desestima el recurso dado que la hija -residente en Perú con el progenitor- ha cumplido la mayoría de edad y, por tanto, establece que no procede dictar la medida que se solicita y tampoco decidir en torno a los alimentos en tanto dicha medida viene condicionada por la estimación de la anterior.

²⁶ ECLI:EU:C:2015:479

²⁷ Fundamento de Derecho Cuarto: "Por otro lado, para determinar la competencia de los Tribunales para conocer de la pensión de alimentos debemos acudir a las normas de

¿Qué hubiera pasado si el Tribunal español siendo competente para resolver del divorcio no lo hubiera sido para conocer de la responsabilidad parental? ¿Podría haber decidido sobre la pensión de alimentos que el progenitor desea abonar?²⁸ Ante el TJUE se ha planteado una cuestión prejudicial en la que se cuestionaba si un tribunal de un EM es competente para conocer de los alimentos que se solicitaban cuando, siendo competente para conocer del divorcio sin embargo no lo era para resolver sobre la responsabilidad parental sobre un menor con residencia en otro EM²⁹.

Pues bien, el TJUE establece la posibilidad de que las autoridades del EM declaradas competentes para el divorcio se atribuyan competencia para conocer de la demanda de alimentos cuando se cumpla: bien el foro contenido en la letra a) del artículo 3 -domicilio del demandado en su territorio-, bien el supuesto del artículo 5-competencia basada en la comparecencia del demandado- del R. 4/2009, y ello con independencia de que dicho tribunal no tenga competencia para resolver sobre la responsabilidad parental del menor³⁰.

Hay que destacar que el R. 4/2009 descarta por completo la aplicación de las normas de fuente interna de los EM, ni siquiera de forma residual, a diferencia del R. 2201/2003 (artículo 14). Es decir, el R.4/2009 no contempla que las normas de fuente interna sean aplicables cuando el menor tenga su residencia habitual en un tercer Estado y el tribunal de ningún otro Estado miembro sea competente³¹. Sin embargo, es a través de la aplicación de las normas de fuente interna, utilizadas de forma residual para la responsabilidad parental, la vía por

competencia del Reglamento 4/2009 y del artículo 3 c) del Reglamento se deriva la competencia para conocer de los alimentos al ser los Tribunales españoles competentes para conocer sobre la acción de divorcio y no basarse dicha competencia de forma exclusiva en la nacionalidad de una de las partes”.

²⁸ La AP de Barcelona (Sección 18ª) en su decisión de 20 de noviembre de 2017 excluye el conocimiento de una petición de alimentos debido a que no resultaba competente para conocer de la responsabilidad parental y determina: “No cabe atribuir la guarda cuando la hija ha alcanzado la mayoría de edad. Tampoco cabe hacer pronunciamiento alguno sobre la petición de alimentos en tanto dicha medida viene condicionada por la estimación de la anterior”. ECLI: ES:APB:2017:13088

²⁹ STJUE (Sala Tercera) de 5 de septiembre de 2019, asunto C-468/18. ECLI:EU:C:2019:666

³⁰ Apartado 40.

³¹ El R. 4/2009 establece una regla de competencia subsidiaria que atribuye competencia a los órganos jurisdiccionales del Estado miembro del que las partes tengan nacionalidad común. Sobre la misma vid., M.A. Rodríguez Vázquez., “La regulación del Reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, *Reei*, N° 19, 2010, pp. 2-30, p. 14.

la que finalmente el Tribunal español asumiría la competencia para resolver también sobre los alimentos en relación a un menor con residencia habitual en un tercer Estado.

1.2. Sentencia de la Audiencia Provincial de León (Sección 2ª) de 18 de julio de 2018³²

Se trata de una demanda de divorcio solicitada a las autoridades españolas entre dos nacionales pakistaníes con residencia habitual en España cuya hija reside en Pakistán con los abuelos maternos. Junto con la disolución del vínculo se solicita la guarda de la menor a favor de la madre, el derecho de visita a favor del progenitor y una pensión de alimentos a pagar por el progenitor.

El juez en Primera Instancia establece su competencia para la disolución del vínculo matrimonial y acuerda todas las medidas excepto aquellas que se han solicitado sobre la menor. De nuevo la AP estima el recurso que se presenta revocando la decisión en instancia.

La AP vuelve a analizar la aplicación de los instrumentos internacionales diferenciando en función de las materias. De un lado, en materia de responsabilidad parental descarta la aplicación del CLH de 1996 para pasar a aplicar el R. 2201/2003; de otro lado en materia de alimentos analiza su competencia en función del R. 4/2009.

Pues bien, el Tribunal aplica, de nuevo, por remisión del R. 2201/2003 en su artículo 14, las previsiones del artículo 22 quáter de la LOPJ. Los criterios de competencia allí recogidos permiten que el Tribunal asuma competencia para conocer del asunto en base a la residencia de la demandante en España. Igualmente se declara competente en materia de alimentos ahora sí aplicando el R. 4/2009 y de forma correcta, en particular la letra d) del artículo 3.

El artículo 22 quater de la LOPJ no incorpora como condición expresa que la competencia asumida por la autoridad española responda al interés del menor sin embargo los tribunales a la hora de aplicarlo sí tratan de fundamentar dicha

³² ECLI: ES:APLE:2018:841

competencia en el citado interés. Lo hace la AP de León cuando asume la competencia para atribuir a la madre la custodia sobre la menor³³, o cuando determina que en las actuales circunstancias no procede establecer un derecho de visita o, por último, en relación a los alimentos. Si bien deja patente el Tribunal el desconocimiento de la situación de la menor, dado que según sostiene no cuenta con los datos suficientes para estimar, por ejemplo, la cuantía de la pensión alimenticia.

III. FALTA DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL DE LAS AUTORIDADES ESPAÑOLAS SOBRE MENORES CON RESIDENCIA HABITUAL EN TERCEROS ESTADOS: APLICACIÓN DE LA NORMA CONVENCIONAL

1. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18ª) de 17 mayo de 2017

La AP de Barcelona resuelve un supuesto en el que se solicita la adopción de medidas sobre un menor con residencia habitual en un tercer Estado³⁴, en particular en la República Dominicana.

Este supuesto no se desarrolla en un contexto de petición de disolución del vínculo matrimonial. La progenitora demandante que reside en España desde el año 2014 solicita: la guarda materna, suspensión del régimen de visitas, pensión de alimentos y la facultad de poder renovar el pasaporte supliendo el consentimiento del demandado, la facultad de poder expedir el DNI, de decidir sobre el lugar de residencia de la autorización para salir de la República Dominicana con el fin de que la niña viaje a España. La madre alega en su demanda que el progenitor es de nacionalidad española, y reside en Panamá con domicilio desconocido.

En su decisión el Juzgado de Primera Instancia determina la aplicación del CLH de 1996 dado que está en vigor en la República Dominicana desde el 1 de

³³ Así establece: "Atendiendo al interés de la menor, procede estimar la solicitud de guarda formulada por Dª Nieves y acordar que sea la misma quien la ostente, sin perjuicio de la patria potestad que corresponde a ambos progenitores".

³⁴ ECLI: ECLI:ES:APB:2017:3796A

octubre de 2010³⁵. De manera que conforme al texto convencional son las autoridades del Estado la residencia del menor las competentes para conocer (art. 5).

El recurso de apelación presentado contra el auto del Juez de Primera Instancia declarando su falta de competencia reside, según la demandante, en la aplicación del artículo 22 quater de la LOPJ y del R. 2201/200, textos que vendrían a fundamentar la competencia del Tribunal español. Pues bien, como desde un principio sostiene la AP, sumándose al criterio de la Primera Instancia, es aplicable el CLH de 1996.

Para ello parte de la cláusula del artículo 21 de la LOPJ y se centra posteriormente en dos elementos que queremos analizar: la coincidencia del ámbito de aplicación material de ambos textos (1.1); y el funcionamiento de la previsión del artículo 61 del R. 2201/2003 (1.2).

1.1. Ámbito material de aplicación: extensión de la jurisprudencia del TJUE al CHL de 1996

La coincidencia en el ámbito material de aplicación de dos textos potencialmente aplicables a un supuesto es uno de los elementos que hay que determinar antes de pasar a establecer cómo se ordena la relación entre ambos.

El artículo 3 del CLH de 1996 determina las materias a las que resulta aplicable: atribución, ejercicio y privación total o parcial de la responsabilidad parental, así como su delegación. El ámbito de aplicación del R. 2201/2003 se explicita en su artículo 1 dentro del cual comprende la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.

De entre las peticiones que realiza la demandante es tanto la renovación del pasaporte, la expedición del DNI -en ambos casos supliendo el consentimiento del otro progenitor-, así como la posibilidad de decidir por parte de la progenitora el lugar de residencia del menor, las materias que pueden suscitar alguna duda en relación a si se encuentran incluidas o no en el ámbito *ratione materiae* de los referidos textos. Vamos a analizar cada una de ellas.

³⁵ Véase en hcch.net

Primero, la cuestión relativa a si la renovación del pasaporte, así como la expedición del DNI son materias incluidas en el ámbito de aplicación del texto dentro del concepto “materias civiles” del R. 2201/2003 ha sido aclarada por el TJUE en el asunto C- 215/2015 de 21 de octubre de 2015 (Sala Cuarta)³⁶.

El TJUE se refiere a la identificación del objeto de la demanda como elemento destacado para establecer si dichas medidas están incluidas en el ámbito del R. 2201/2003. Pues bien, a estos efectos el TJUE interpreta que, en relación a la solicitud de expedición de tales documentos, “tal acción tiene por objeto el ejercicio de la «responsabilidad parental» sobre el citado menor, en el sentido del artículo 1, apartado 1, letra b), del Reglamento nº 2201/2003, en relación con su artículo 2, punto 7”³⁷.

En consecuencia, tal y como reconoce la AP de Barcelona refiriéndose a dicha decisión, la expedición del DNI y renovación del pasaporte se incluyen en el ámbito de aplicación del R. 2201. Pero la AP da un paso más al establecer que coincidiendo ambos textos en su ámbito de aplicación -R. 2201/2003 y CLH de 1996- lo establecido por el TJUE para el R. 2201/2003 ha de extenderse al CLH de 1996. En consecuencia, ambos textos podrían ser aplicables dado que el contenido de la demanda está incluido en el ámbito *ratione materiae* de los dos. Segundo, en la demanda la progenitora solicita la autorización para decidir el lugar de residencia habitual de la menor porque pretende traerla a España desde República Dominicana. Se trata por tanto de una situación de reubicación de la menor³⁸, que supone el traslado del domicilio del menor a un segundo Estado cuando conlleva un cambio lícito de residencia habitual.

El TS ha sido bastante claro al respecto cuando ha establecido: “(...) de la patria potestad deriva igualmente el derecho de guarda y custodia de forma que tanto el progenitor titular del derecho de custodia como aquel que se ve privado de la misma puede participar en la toma de decisiones fundamentales al interés

³⁶ ECLI:EU:C:2015:710

³⁷ Apartado 29.

³⁸ En relación a la reubicación de menores puede consultarse entre otros: GONZÁLEZ BEILFUSS C., “El traslado lícito de menores: las denominadas *Relocation Disputes*”, *REDI*, (2010), 2, pp. 52-75 HERRANZ BALLESTEROS, M., “Traslado del domicilio del menor a otro país. Doctrina del Tribunal Supremo”, *El Tribunal Supremo y el Derecho Internacional Privado*, Colección Derecho y Letras Núm., 1, 2019; RODRÍGUEZ PINAU, E., “Revisión de la atribución de la custodia y la reubicación internacional del menor en interés superior del menor: Comentario a la STS de 18 de enero 2017 (RJ 2017, 343), *Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil*, enero-abril 2018, pp. 9-21.

superior del menor. Una de ellas la que concierne a su traslado o desplazamiento en cuanto lo aparta de su entorno habitual e incumple el derecho de relacionarse con el padre o madre no custodio”³⁹. En consecuencia, esta materia se encuentra igualmente incluida en el ámbito de aplicación del R. 2201/2003 en particular en su apartado 7 del artículo 2; así como en el artículo 3 del CLH de 1996.

Por tanto, teniendo en cuenta todo lo dicho anteriormente la AP pasa a determinar qué instrumento jurídico de los dos posibles resulta el aplicable.

1.2. Aplicación del artículo 61 del R. 2201/2003

El artículo 61 del R. 2201/2003 ya analizado (véase *supra.*, apdo. 1) establece la aplicación del R. 2201/2003 frente al CLH de 1996 cuando el menor tenga su residencia habitual en un EM. Ahora bien, en este caso, con el menor residiendo en un tercer Estado parte del CLH de 1996 será este texto el que determine qué tribunales son competentes. Así lo establece la AP sumándose al criterio fijado por el Juzgado de Primera Instancia.

Centrada la AP en la aplicación del CLH de 1996 ésta determina que ante la inexistencia en el CLH de 1996 de un precepto como el artículo 12.3 del R. 2201/2003⁴⁰, o una norma de aplicación residual de las normas de competencia interna, la posible declinación de la competencia por parte de las autoridades de la residencia del menor en favor de las autoridades españolas sólo es posible a

³⁹ STS 536/2014. F Jº Segundo. *vid.*, HERRANZ BALLESTEROS, M., “Traslado del domicilio del menor a otro país. Doctrina del Tribunal Supremo”, *op. cit.*

⁴⁰ Hay que recordar que en el caso de procesos de divorcio el CLH de 1996 sí que contiene una cláusula de prórroga de competencia en el artículo 10. Si bien nos parece que este precepto es mucho más limitado en su aplicación que el artículo 12.1 del R. 2201/2003, por ejemplo, al exigir la residencia habitual de uno de los progenitores en el territorio del Estado donde está teniendo lugar el proceso de divorcio mientras que esta condición no se exige para la atribución de la competencia por la aplicación del 12.1 R. 2201/2003. Veamos un ejemplo, si una pareja de españoles reside junto con sus hijos en un Estado parte del CLH de 1996 y de común acuerdo interponen demanda de divorcio en España, país al que no tienen la intención de volver a establecer su residencia habitual, las autoridades españolas no podrán, por aplicación del artículo 10 del CLH de 1996, asumir la competencia para conocer del derecho de custodia y visita sobre los menores -hay que tener en cuenta que este texto sería aplicable para el reconocimiento de la medida de protección en el Estado de la residencia de dichos menores-. Sin embargo, ante el mismo caso -divorcio de mutuo acuerdo- si estos menores residieran en un Estado no miembro del CLH de 1996 las autoridades españolas sí podrían conocer del derecho de custodia y visita, dado que el R. 2201/2003 no supedita la atribución de la competencia a las autoridades del divorcio a que uno de los progenitores resida en el territorio de dicho Estado -sin embargo a efectos del reconocimiento de la medida no se aplica ni el R. 2201/2003 ni el CLH de 1996 sino la normativa interna del Estado requerido-.

través de los artículos 8 y 9 del CLH de 1996; preceptos cuya aplicabilidad se complica dado que es necesaria la codecisión entre las autoridades de la residencia habitual y las autoridades españolas para un cambio de competencia. Pues bien, con buen criterio la AP no se inclina por la aplicación de estos artículos, que por otro lado como se ha indicado necesitarían de la aceptación de las autoridades de la República Dominicana, y que supone una excepción a la competencia general de las autoridades de la residencia del menor. Por tanto, finalmente declara la incompetencia de las autoridades españolas desestimando, en consecuencia, el recurso.

2. SAP de Barcelona (Sección 18ª) de 16 de abril de 2018⁴¹

Este supuesto presenta una cierta semejanza al anterior. En este caso se trata de una menor cuya residencia habitual está en Ecuador donde vive junto a la madre. La progenitora solicita ante las autoridades españolas el ejercicio de la patria potestad sobre la menor en exclusiva.

Al respecto las autoridades españolas tanto en instancia como en apelación declaran su falta de competencia para conocer. Tras determinar, como en casos anteriores, la coincidencia en torno al ámbito material del R. 2201/2003 y del CLH de 1996 y establecer la vigencia del CLH de 1996 para Ecuador, la AP pasa a analizar el artículo 61 del R. 2201/2003 de manera que conforme a los datos del asunto -residencia habitual de la menor en un tercer Estado parte del CLH de 1996-, resultará aplicable el mencionado Convenio.

La AP vuelve a recalcar que debido a la inexistencia en el Convenio tanto de una cláusula de prórroga de la competencia similar a la del artículo 12 del R. 2201/2003, como de una cláusula de competencia residual semejante al artículo 14 de R. 2201/2003, la autoridad española no puede asumir la competencia judicial internacional. En consecuencia, al igual que en el supuesto anterior el Tribunal español ante la solicitud de medidas de protección sobre un menor con residencia en un tercer Estado parte del CLH de 1996 se declara incompetente para conocer del asunto.

⁴¹ ECLI: ECLI:ES:APB:2018:1367A

IV. CONCLUSIONES

Los supuestos descritos que han dado lugar a los distintos pronunciamientos judiciales por parte de las autoridades españolas tienen un elemento común: la localización de la residencia habitual de los menores en terceros Estados. Sin embargo, este elemento no ha sido decisivo ni para determinar la aplicación del R. 2201/2003, ni para atribuir o no competencia a las autoridades españolas para conocer del asunto.

En efecto el R. 2201/2003 se aplica con independencia de tal conexión, y la competencia de las autoridades dependerá del instrumento jurídico elegido planteándose dos soluciones antagónicas:

(1) Si resulta aplicable el R. 2201/2003 en todas las decisiones analizadas las autoridades españolas han asumido la competencia para conocer. Ahora bien, salvo en el caso resuelto por la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 12^a) de 8 enero de 2015, en todos los demás en Primera Instancia se ha argumentando la falta de competencia judicial internacional, y ha sido en apelación cuando se ha confirmado la misma.

(2) Si resulta aplicable el CLH de 1996 las autoridades declaran su falta de competencia.

En el caso del R. 2201/2003 la autoridad española se ha atribuido en todos los supuestos la competencia, excepcionando la competencia principal de las autoridades de la residencia habitual del menor ya sea por la aplicación de: la prórroga de la competencia en supuestos vinculados con crisis matrimoniales, como en supuestos distintos a los de las crisis matrimoniales, así como por la aplicación residual de los foros de la LOPJ. Además, en todos los supuestos la competencia del Tribunal español se ha extendido también a la petición del derecho de alimentos sobre el menor.

Si embargo, en el caso del CLH de 1996 se comprueba lo contrario ante una situación bastante similar. La circunstancia de que el CLH de 1996 no tenga un precepto relativo a la prórroga de competencia en supuestos no vinculados con las crisis matrimoniales, ni tampoco un precepto relativo a la aplicación residual

de las normas internas de competencia es un hecho que determina el resultado de las resoluciones judiciales.

Para finalizar concluimos con dos reflexiones: en los supuestos en los que se ha producido la atribución de la competencia a las autoridades españolas sobre menores con residencia habitual en terceros Estados, ninguna de las Audiencias Provinciales se cuestiona el dato de la eficacia que tales medidas tendrán en los terceros Estados de residencia habitual de los menores. Además, destaca como la verificación de las condiciones que han de cumplirse para prorrogar la competencia se produce de forma desigual, siendo el elemento del acuerdo de las partes el criterio en el que existe más diferencia entre ellas.