

UNA INCORRECTA ARTICULACIÓN DE LAS FUENTES
NORMATIVAS DE COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL
EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL: SENTENCIA
DE LA AP DE A CORUÑA (SECCIÓN 4ª) NÚM. 119/2018,
DE 4 DE ABRIL

AN IMPROPER ENUMERATION OF INTERNATIONAL
JURISDICTION SOURCES ON PARENTAL RESPONSIBILITY
MATTERS: THE JUDGMENT OF THE SPANISH COURT
OF APPEAL OF A CORUÑA (SECTION 4) NUMBER 119/2018,
OF 4TH APRIL

SAIOA GOYENECHÉ ECHEVERRÍA

*Doctoranda becaria en régimen de cotutela
UPV/EHU, Université de Pau et des Pays de l'Adour.*

Recibido: 16.01.2019 / Aceptado: 22.01.2019

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2019.4649>

Resumen: Desde la incorporación en el ordenamiento jurídico español de normas convencionales y de la Unión Europea, la configuración del sistema de competencia judicial internacional aplicable por los jueces y tribunales españoles en materia de responsabilidad parental incluye tres bloques normativos potencialmente aplicables: la legislación europea, representada por el Reglamento “Bruselas II bis”; el sistema convencional, representado por el Convenio de La Haya, de 19 de octubre de 1996; y la legislación interna o autónoma española, representada por la LOPJ. Como se muestra en este comentario jurisprudencial, la complejidad del sistema plantea el desafío del correcto manejo de las fuentes.

Palabras clave: responsabilidad parental, reglamento “Bruselas II bis”, convenio de La Haya de 1996. Ley Orgánica del Poder Judicial, normas de competencia judicial internacional.

Abstract: Since conventional and EU rules have been integrated into the Spanish legal system, the configuration of international jurisdiction system on parental responsibility be applied by Spanish judges and courts of law rests on three normative blocks: European regulation, represented by “Brussels II bis” Regulation; conventional system, represented by the 1996 Hague Convention; and internal laws, represented by the Organic Law of Judicial Power. This comment shows us that the system’s complexity raises the challenge of a correct handling of sources.

Keywords: parental responsibility. “Brussels II bis” Regulation. The 1996 Hague Convention. The Organic Law of Judicial Power, rules on international jurisdiction.

Sumario: I. Introducción. II. Descripción fáctica del litigio III. Consideraciones jurídicas. III.1 La invocación jurídica esgrimida en la sentencia para excluir la aplicación del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 del Consejo, de 27 de noviembre, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental. III.2 La cita de normativa interna como vía de remisión a la norma convencional aplicable al supuesto litigioso planteado. VI. Consideraciones finales.

I. Introducción

1. La sentencia dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña el 4 de abril de 2018¹ resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juzgado de Primera Instancia nº3 de A Coruña, dictada con fecha de 8 de junio de 2017, en un asunto controvertido sobre competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental vinculado con dos países, España y Suiza. Nos limitaremos a proporcionar un breve análisis fáctico del litigio (II), para poder adentrarnos en los argumentos jurídicos empleados en la resolución objeto de comentario (III).

II. Descripción fáctica del litigio

2. En el caso enjuiciado, el litigio enfrenta a dos progenitores en torno a la fijación del régimen de visitas definitivo en relación al padre.

3. Los cónyuges contrajeron matrimonio el 4 de agosto de 2001. El 18 diciembre de 2006 se dictó la sentencia de divorcio del matrimonio, fruto del que nacieron dos hijos, actualmente menores (16 y 13 años de edad) y cuya tutela fue asumida por la Xunta de Galicia. Con fecha de 31 de octubre de 2013, la Xunta de Galicia emitió una resolución administrativa en la que se acordó continuar con la medida de tutela y el procedimiento de acogimiento residencial de los menores.

4. Mediante sentencia de 19 de marzo de 2015, dictada por la Audiencia Provincial de A Coruña, se acordó revocar dicha resolución administrativa y atribuir la guardia y custodia de los hijos menores a la madre, incorporando la autorización para poder trasladarlos a Suiza, así como la fijación de un régimen provisional de visitas a favor del padre.

5. El primer hecho relevante tuvo lugar cuando la madre de los menores, haciendo efectiva la autorización judicial, decidió trasladarse a Suiza con sus hijos, quedando el padre en España, país de la anterior residencia habitual de los hijos.

6. Producida dicha circunstancia, el progenitor no custodio instó una modificación de medidas ante el Juzgado de Primera Instancia nº3 de A Coruña. En sentencia de 8 de junio de 2017, el juez fijó el régimen de visitas determinando que las vacaciones escolares transcurrirían alternativamente con cada uno de los progenitores y estableciendo el abono de los gastos de desplazamiento por mitad. Disconforme con dicho fallo, la parte demandada (la madre, residente en Suiza junto a sus hijos) interpuso recurso de apelación ante la Audiencia Provincial de A Coruña formulando la excepción procesal de declinatoria internacional, por la cual se esgrimía procesalmente la falta de competencia de los tribunales españoles para el conocimiento de la demanda interpuesta ante ellos.

7. A partir de este momento, la cuestión jurídica central de la sentencia objeto del presente comentario radica en la determinación de la competencia judicial internacional de los tribunales españoles respecto a dos menores que tienen fijada su residencia habitual en un tercer Estado (Suiza).

8. En sentencia de fecha 4 de abril de 2018, la Sección cuarta de la Audiencia Provincial de A Coruña estimó dicho recurso de apelación interpuesto por la esposa alegando la falta de competencia de los tribunales españoles. A pesar de que la solución adoptada ha de ser valorada como correcta, la argumentación de la Sentencia objeto de la presente Nota merece una lectura o valoración crítica en relación a la argumentación expuesta en la misma para estimar la declinatoria interpuesta por la parte apelante.

¹ Sentencia de la AP de A Coruña nº119/2018, de 4 de abril de 2018.ECLI:ES: APC:2018:600

III. Consideraciones jurídicas

9. En la argumentación jurídica contenida en la resolución objeto del presente comentario cabe apreciar, en primer lugar, una correcta o acertada selección, dentro de los tres posibles bloques normativos en presencia (legislación europea, sistema convencional y la legislación interna o autónoma española) de la normativa aplicable al litigio, al optar el tribunal por seleccionar como aplicable la norma convencional, representada en este caso por el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños.²

La selección de tal norma como aplicable para resolver la cuestión competencial planteada es correcta, pero desde la óptica del DIpr. deben ser puestos de manifiesto ciertos matices críticos al contenido del Fundamento Jurídico tercero de la resolución objeto de esta Nota:

1. La invocación jurídica esgrimida en la sentencia para excluir la aplicación 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.

10. Antes de resolver la cuestión relativa a la competencia judicial internacional es preciso atender al objeto de la litis planteada. En el presente caso, se trata de una cuestión relativa a la responsabilidad parental, concretamente relacionada con la fijación del régimen de visitas del progenitor no custodio.

11. La primera fuente a la que el operador jurídico español debe acudir para identificar y seleccionar, en su caso, las normas de competencia judicial internacional vigentes en España en materia de responsabilidad parental es el 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, conocido como Reglamento “Bruselas II bis”³, por el que se deroga el Reglamento (CE) núm. 1347/2000, siendo España parte contratante.

Por tanto, para identificar y seleccionar la norma jurídica que contenga el foro o criterio competencial sobre la base al cual el tribunal pueda declararse internacionalmente competente respecto de las cuestiones relacionadas con la responsabilidad parental⁴, el juez español ha de atender en primer lugar y con preferencia a lo dispuesto en el Reglamento “Bruselas II bis”⁵.

12. El artículo 8 del Reglamento (CE) núm. 2201/2003 dispone que: « Los órganos jurisdiccionales de un Estado miembro serán competentes en materia de responsabilidad parental respecto de un menor que resida habitualmente en dicho Estado miembro en el momento en que se presenta el asunto

² El Convenio fue ratificado por España el 6 de septiembre de 2010, y entró en vigor el 1 de enero de 2011 (BOE nº291, de 2 de diciembre 2010). Sustituye, en las relaciones entre los Estados contratantes, al precedente *Convenio de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley aplicable en materia de protección de menores*, que a su vez, había remplazado al *Convenio de La Haya de 12 de junio de 1902 sobre tutela de los menores*.

³ DO L 338 de 23 diciembre 2003. Modificado por el Reglamento (CE) 2116/2004 del Consejo, de 2 de diciembre de 2004, en lo relativo a los tratados con la Santa Sede (DO L367, de 14 de diciembre de 2004).

⁴ Tal y como lo establece el artículo 1.1 apartado b, el Reglamento se aplica a las cuestiones relativas “a la atribución, el ejercicio, la delegación, la restricción o la finalización de la responsabilidad parental.” El artículo 2, apartado 7, del Reglamento nº2201/2003 establece que el término “responsabilidad parental” comprende « los derechos y obligaciones conferidos a una persona física o jurídica en virtud de una resolución judicial, por ministerio de la ley o por un acuerdo con efectos jurídicos, en relación con la persona o los bienes de un menor.». El concepto incluye: a) el derecho de custodia y derecho de visita; b) la tutela, la curatela y otras instituciones análogas; c) la designación y las funciones de toda persona u organismo encargado de ocuparse de la persona o de los bienes del menor, de representarlo o de prestarle asistencia; d) el acogimiento del menor en una familia o en un establecimiento; así como e) las medidas de protección del menor ligadas a la administración, conservación o disposición de sus bienes. (Art.1.2).

⁵ Vid. Sobre el orden aplicativo de los diversos instrumentos legales que regulan la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Derecho Internacional Privado*, vol.II, Granada, Comares, 16ª edición, 2016, pp.484-485.

ante el órgano jurisdiccional».⁶ La competencia para conocer de las cuestiones relativas a la responsabilidad parental corresponde por tanto a las autoridades del Estado miembro⁷ donde el menor tenga su residencia habitual en el momento en que se ejercita la correspondiente acción.

13. En la sentencia objeto de la presente Nota, la Audiencia Provincial de A Coruña descarta acertadamente la aplicación del Reglamento “Bruselas II bis”. Sin embargo, el fundamento jurídico que emplea para ello, argumentando literalmente que no resulta de aplicación dicho Reglamento europeo porque “Suiza no forma parte de la Unión Europea”, no resulta en su literalidad jurídica admisible.

14. Ciertamente, el Reglamento “Bruselas II bis”, al igual que todos los demás Reglamentos en materia competencial judicial internacional, atribuye la competencia judicial internacional a los tribunales de los Estados miembros.⁸ No cabe fundamentar en un Reglamento europeo la competencia judicial internacional de un tribunal perteneciente a un Estado no miembro de la UE. Por tanto, resulta inviable fundamentar la competencia de los tribunales de un tercer Estado como Suiza sobre la base jurídica de los Reglamentos europeos, pero el hecho de que Suiza no forme parte de la UE no es en sí o por sí mismo argumento para negar la aplicabilidad inicial del Reglamento “Bruselas II bis” al litigio planteado. La razón de tal inaplicación se fundamenta en el lugar, en el Estado donde radica la residencia habitual de los menores. El Juez español acude inicialmente al Reglamento, aunque finalmente tenga que descartar su aplicación debido a la ausencia de residencia habitual de los menores en un Estado miembro.

2. La cita de normativa interna como vía de remisión a la norma convencional aplicable al supuesto litigioso planteado.

15. Como ha sido indicado, la Audiencia Provincial revoca la sentencia dictada por el Juzgado de primera instancia al amparo de la existencia de un foro de competencia judicial en el Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento, la ejecución y la cooperación en materia de responsabilidad parental y de medidas de protección de los niños⁹, norma que la sentencia declara como aplicable “toda vez que Suiza no forma parte de la Unión Europea”¹⁰. En realidad, la sentencia expone implícitamente el carácter subsidiario de la norma convencional respecto al Reglamento europeo¹¹: solo en defecto del mismo o cuando, como es el caso, el Reglamento no resulta de aplicación podrá acudir a la norma convencional, en este caso recogida en el Convenio de la Haya de 1996.¹² Sin embargo, cabe lamentar que la Audiencia Provincial no haya fundamentado la aplicación del Convenio con una referencia a la cláusula residual del artículo 14 del Reglamento “Bruselas II bis”, para justificar la remisión a los preceptos internos que establecen la aplicación preferente de dicho instrumento. El Reglamento prevé efectivamente un criterio de «competencia residual» para los casos en que la competencia judicial internacional no pueda concretarse conforme a los foros de competencia previstos en materia de responsabilidad parental en los arts.8 a 13; en virtud de dicho precepto, en tales casos, la competencia se determinará de acuerdo con las normas de competencia judicial internacional de cada Estado miembro, contempladas en sus normas de DIpr. internas y los convenios internacionales vigentes en dicho Estado miembro.

⁶ El instrumento europeo obedece al interés superior del menor y al principio de proximidad (Considerando 12 de la exposición de motivos). *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op.Cit.*,pp.491-493.

⁷ En el término “Estado miembro” se incluyen a todos los Estados de la UE, excepto a Dinamarca (art. 2.3 y considerando 31 de la exposición de motivos).

⁸ *Vid.* en este sentido, A. QUIÑONES ESCÁMEZ, “Nuevas normas comunitarias en materia de responsabilidad parental (Reglamento (CE) nº 2201/2003 del Consejo, de 27.11.2003)”, *Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 4, 2004,pp.16-17

⁹ *Vid.* Respecto al concepto jurídico de «responsabilidad parental» y al ámbito material, nos remitimos al informe explicativo LAGARDE, nº 14(p. LAGARDE, «Rapport explicatif de la convention concernant la compétence, la loi applicable, la reconnaissance, l’exécution et la coopération en matière de responsabilité parentale et de mesures de protection des enfants»).

¹⁰ *Vid.* A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *Op.Cit.*,p.485

¹¹ El art. 61. a)del Reglamento 2201/2003 establece que dicho instrumento prevalece sobre el Convenio de La Haya de 19 de octubre 1996 en las relaciones entre Estados de la UE en materia de competencia judicial “cuando el menor afectado tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro».

¹² *Vid.* F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de derecho internacional privado español sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Marzo 2011), Vol. 3, Nº 1, p. 285.

16. El artículo 5 del Convenio prevé como criterio competencial el siguiente: « 1. Las autoridades, tanto judiciales como administrativas, del Estado contratante de la residencia habitual del niño son competentes para adoptar las medidas para la protección de su persona o de sus bienes. 2. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 7, en caso de cambio de la residencia habitual del niño a otro Estado contratante, son competentes las autoridades del Estado de la nueva residencia habitual ».¹³

17. Esta fundamentación es correcta, pues se trata, en materia de responsabilidad parental, de determinar la competencia judicial internacional del tribunal del Estado contratante de la residencia habitual del menor.¹⁴ Hallándose la residencia habitual de los menores¹⁵ en Suiza, Estado parte del Convenio, los tribunales españoles carecen de competencia judicial internacional para entrar a conocer del litigio planteado¹⁶.

18. Tras citar tal precepto convencional la Audiencia Provincial de A Coruña cita diversos preceptos normativos internos españoles para fundamentar así la opción normativa convencional seleccionada: esgrime por un lado el artículo 36 de la LEC que remite, en esta materia, a lo dispuesto en la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, por la que se modifica la LO 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y a los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, y que establece en su segundo apartado que los tribunales civiles españoles no deberán conocer de un asunto « 2º. Cuando, en virtud de un tratado o convenio internacional en el que España sea parte, el asunto se encuentre atribuido con carácter exclusivo a la jurisdicción de otro Estado ».

Señala así, en segundo lugar, la sentencia, que un tribunal español no debe por lo tanto conocer de un asunto si carece de competencia judicial para ello conforme a lo establecido en un tratado o un convenio internacional en el que España sea parte, debiendo apreciarse de oficio la falta de competencia internacional de los Tribunales españoles conforme a lo establecido en el artículo 38 de LEC.¹⁷

Y por último y en tercer lugar la Audiencia Provincial hace referencia a la norma genérica del artículo 21 de la LOPJ, que establece de forma expresa la jerarquía normativa proyectable sobre cuestiones de competencia judicial internacional que afecten a los tribunales españoles, previendo que la LOPJ es aplicable de forma subsidiaria, en defecto de lo previsto en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte.

19. El planteamiento técnico expositivo mantenido en la sentencia hubiera sido más correcto si tales preceptos internos, que dan plena cobertura por vía de remisión a la aplicabilidad de la norma convencional utilizada por el tribunal, se hubiera realizado en el orden opuesto al expuesto en la resolución ahora comentada¹⁸; es decir, lo correcto es invocar la aplicación del Convenio de La Haya de 1996 previa cita de los preceptos internos de nuestro ordenamiento español que remiten a la aplicación preferente de la norma convencional y no a la inversa.

¹³ El criterio general en relación con la determinación de la competencia judicial internacional es el de la residencia habitual del niño en un Estado contratante (arts. 5, 7, 10).

¹⁴ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº47/2018, de 31 de enero de 2018, ECLI:ES:APB:2018:217

¹⁵ El convenio solo se aplica a los sujetos menores de 18 años de edad (art.2).

¹⁶ Vid. A. L. CALVO CARAVACA/J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, *op. Cit.*, p.485.

¹⁷ Vid. E. CASTELLANOS RUIZ, J. RODRÍGUEZ RODRIGO, “De la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales civiles (arts. 36 a 39 LEC)» en *Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Civil, Indret: Revista para el Análisis del Derecho*, Nº. 3, 2006 p.17

¹⁸ Vid. Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona, nº400/2018, de 31 de mayo de 2018. ECLI:ES:APB:2018:5395.

“Fundamento de Derecho Tercero: (...) El art. 21 LOPJ establece que los Tribunales civiles españoles conocerán de las pretensiones que se susciten en territorio español con arreglo a lo establecido en los tratados y convenios internacionales en los que España sea parte, en las normas de la Unión Europea y en las leyes españolas y hay que analizar, por ello, las normas de Derecho Comunitario. Para determinar la competencia de los Tribunales para conocer de las medidas relativas a la responsabilidad parental debemos acudir a las normas de competencia del Reglamento 2201/2003. En la demanda se alega que la madre y los hijos residen en la India (...). Los Tribunales Españoles no son competentes según el art. 8 del Reglamento ya que los menores no tienen su residencia habitual en España. Tampoco lo son en base al art. 12 por cuanto la demandada ha sido emplazada por edictos y no hay aceptación de la competencia. De la aplicación de dichos preceptos no se deriva la competencia de ningún otro Estado de la Unión Europea lo que conduce a aplicar la cláusula residual del art. 14 del Reglamento que se remite para determinar la competencia a las normas internas de cada Estado.»

IV. Consideraciones finales

20. En cualquier caso, aunque la solución de fondo dada por la Audiencia Provincial con respecto a la declinatoria interpuesta por la esposa sea acertada, el enfoque adoptado deja entrever algunos errores de técnica jurídica.

21. En definitiva, la sentencia aplica correctamente el Convenio de la Haya de 1996, pero la argumentación esgrimida para fundamentar la aplicación de tal norma convencional es mejorable y deseable para plasmar argumentalmente la coherencia o lógica interna del sistema de competencia judicial internacional, aplicable por los jueces y tribunales españoles, que descansa sobre esa triple dimensión de bloques normativos potencialmente aplicables (Derecho europeo, Derecho convencional y Derecho interno español).