

APLICACIÓN PRÁCTICA DE LA LEY DE COOPERACIÓN JURÍDICA INTERNACIONAL EN MATERIA CIVIL. ANÁLISIS DE LA EXCEPCIÓN DE LITISPENDENCIA INTERNACIONAL Y DE OTROS ASPECTOS A PROPÓSITO DEL AUTO DE LA AP DE GERONA (SECCIÓN 2ª) DE 28 DE MARZO DE 2019

THE APPLICATION OF THE INTERNATIONAL LEGAL COOPERATION IN CIVIL MATTERS ACT. THE ANALYSIS OF THE PROVISION LIS PENDENS AND OTHER ASPECTS. SPANISH COURT OF APPEAL OF GERONA (SECTION 2ª) 28TH OF MARCH 2019

MÓNICA HERRANZ BALLESTEROS

*Profesora Titular de DIPr
UNED*

ORCID ID: 0000-0002-0748-6598

Recibido: 18.12.2019 / Aceptado: 10.01.2020

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2020.5206>

Resumen: La aplicación de las previsiones que hace la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil sobre la excepción de litispendencia internacional es uno de los aspectos que se plantean en la decisión de la Audiencia Provincial de Gerona y sobre el que se tratará en este trabajo. Junto a ello se abordará también: el razonamiento del tribunal en torno a la competencia judicial internacional en materia de divorcio, así como en materia de responsabilidad parental y derecho de alimentos, cuando la residencia del menor está en un tercer Estado.

Palabras clave: Litispendencia internacional, Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil, divorcio internacional, responsabilidad parental, derecho de alimentos, residencia habitual del menor en tercer Estado.

Abstract: The application of the new provision of lis pendens regulated in the International Legal Cooperation in Civil Matters Act is one of the aspects included in the decision adopted by the Provincial Court of Gerona. In this decision the Provincial Court also established the international jurisdiction in international matrimonial crises and parental responsibility when the child has his/her habitual residence in a third State. In this paper we will analyse all these aspects.

Keywords: International Lis pendens, Spanish Statute on international legal cooperation in civil matters, divorce, parental responsibility, maintenance obligations, habitual residence of the child in a third State.

Sumario: I. Introducción. II. Hechos. III. El auto del JPI. IV. Razonamientos jurídicos que suscita la decisión de la AP de Gerona: normativa aplicable y tratamiento de la litispendencia internacional. 1) Cuándo se produce la excepción de litispendencia internacional; A) Presupuestos generales; a) El elemento de la pendencia del proceso; b) Identidad de objeto, causa de pedir y partes;

B) Requisitos obligatorios; 2) Cómo ha de actuar la autoridad española; V. La competencia judicial internacional del Tribunal español en materia de divorcio; VI. La competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para adoptar medidas de protección sobre menores sin residencia habitual en España; VII. Algunas reflexiones finales.

I. Introducción

1. El 28 de marzo de 2019 la AP de Gerona (Sección 2^a) admite parcialmente el recurso de apelación presentado contra el auto de fecha 30 de noviembre de 2017 dictado por el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gerona. En dicho auto el juzgador en instancia declaraba su falta de competencia judicial internacional para conocer del procedimiento y decidía su archivo.

2. A continuación, en el presente trabajo se describen más detenidamente cuáles son los hechos que dan lugar a la situación litigiosa (II). Se profundizará en la decisión dictada en instancia (III). Se extraerán los razonamientos jurídicos que plantea el auto dictado en apelación (IV): así, se tratarán los presupuestos y requisitos relativos a la excepción de litispendencia internacional (1); cómo ha de actuar la autoridad española conforme a la normativa aplicable (2); también se analizará la competencia judicial internacional con respecto a la acción de disolución del vínculo matrimonial por divorcio, y en su caso a la extinción del régimen económico matrimonial y a la revocación de autorizaciones y poderes conferidos entre los cónyuges (V); para finalizar con los aspectos relativos a la competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental y alimentos (VI). Por último, expondremos alguna reflexión final respecto de los temas tratados (VII).

II. Hechos

3. D. Daniel y Dña. Evangelina, ambos de nacionalidad peruana, contraen matrimonio en Perú. Posteriormente, en el año 2011, trasladan su residencia a Gerona. Del matrimonio nace un hijo (no se indica ni la fecha ni el lugar de nacimiento). En el año 2017 la madre retorna a su país de origen con el hijo y desde entonces ambos residen en Perú. El progenitor continúa residiendo en España.

4. Ante el Juzgado de Primera Instancia nº 6 de Gerona D. Daniel presenta una demanda solicitando la acción de disolución del vínculo matrimonial por divorcio, así como medidas en relación al menor. El juzgador en primera instancia declara su falta de competencia judicial internacional para conocer del procedimiento, acordando en consecuencia el archivo del mismo.

A la vista de la decisión en instancia D. Daniel decide interponer recurso de apelación admitido por la AP de Gerona y frente al que se opone el Ministerio Fiscal. El recurso se resuelve por auto dictado el 28 de marzo de 2019¹.

III. El auto dictado en primera instancia

5. El juzgado de primera instancia, como ya se ha expuesto, se declaró incompetente para conocer del asunto y archivó el procedimiento.

La falta de competencia judicial internacional se basó, según se recoge en el Fundamento Jurídico Primero de la decisión de la AP de Gerona, en la existencia de una situación de litispendencia internacional. Conforme se relata Dña. Evangelina habría presentado en Perú una demanda previa a la

¹ El presente trabajo se adscribe al Proyecto de I+D DER2017-86017-R, "Obstáculos a la movilidad de personas en los nuevos escenarios de la UE", concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad, en los términos del artículo 37 de la Ley 14/2011, de 1 de junio, de la Ciencia, la Tecnología y la Innovación (BOE nº 131, 2-VI-2011).

ECLI:ES:APGI:2019:183A

interpuesta por D. Daniel en territorio español, y dado que el menor reside en Perú difícilmente se pueden adoptar medidas paterno filiales sobre el mismo, según afirma el Juzgado de Primera Instancia y recoge textualmente la Audiencia en su decisión.

IV. Razonamientos jurídicos que suscita la decisión de la AP de Gerona: normativa aplicable y tratamiento de la litispendencia internacional

6. En el supuesto objeto de análisis se alega la existencia de litispendencia internacional², dado que, como indica la AP, Dña Evangelina habría presentado una demanda ante los Tribunales peruanos anterior a la presentada por D. Daniel ante los Tribunales españoles.

7. La Ley 29/2015, de 30 de julio, de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil³ (en adelante LCJIMC) da respuesta a las situaciones de litispendencia internacional (Título IV, artículo 39). Es la primera vez que una norma de fuente interna incluye la reglamentación en torno a la litispendencia internacional⁴. Esta novedad ha supuesto un avance importante en la protección de la tutela judicial efectiva en los supuestos de litigación internacional⁵.

Es conocido como a través de la excepción de la litispendencia internacional se persigue principalmente: evitar decisiones inconciliables, tratando de preservar la armonía internacional de soluciones, y reducir los costes procesales que produce la duplicidad de los procesos⁶.

La primera cuestión que surge gira en torno a la determinación de los supuestos que van a quedar regulados por la LCJIMC. Con carácter general dicha norma resulta aplicable cuando no lo sea ni instrumento de la UE ni haya un convenio internacional⁷. Para este caso, dado que el proceso paralelo abierto en el extranjero se habría iniciado ante los tribunales de un *tercer Estado* con el que no existe un convenio internacional aplicable en el asunto objeto de litigio⁸, las previsiones de la LCJIMC resultan operativas.

El artículo 19 del Reglamento (CE) n.º. 2201/2003 relativo a la competencia, y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) n.º. 1347/2000⁹ (en adelante Reglamento (CE) N. 2201/2003) no es aplicable cuando la demanda se presenta ante los tribunales de un tercer Estado y posteriormente ante los tribunales de un Estado Miembro.

La situación va a continuar igual tras el Reglamento (UE) N. 2019/111 del Consejo de 25 de junio de 2019 relativo a la competencia, y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsa-

² Así lo entiende el Ministerio Fiscal que se opone al recurso presentado.

³ BOE núm., 182 de 31 de julio de 2015.

⁴ El artículo 22 *nonies* de la LOPJ, introducido por la Ley Orgánica 7/2015, de 21 de julio, determina: “Las excepciones de litispendencia y de conexidad internacionales se arreglarán y tramitarán con arreglo a las normas generales que regulen las leyes procesales”.

⁵ Sobre la trayectoria en la aplicación de la excepción de la litispendencia en España, *vid.*, E. CANO BAZAGA., *La litispendencia comunitaria*, Eurolex, Madrid, 1997. En relación a la nueva regulación, entre otros, *vid.*, C. AZCÁRRAGA MONZÓNIS., “Artículo 39. De la litispendencia internacional”, *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, (dir., F.P. Méndez González, G. Palao Moreno), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 444-455. M GARDEÑES SANTIAGO., “Procedimientos paralelos en España y en el extranjero: el Título IV de la Ley 29/2015 (arts 37 a 40)”, *REDI*, Vol. 68, (2016), 1, pp. 109-119.

⁶ F. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, M. VIRGOS SORIANO., *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, 2ª edición, 2007, Thomson, pp. 362-364.

⁷ Carácter subsidiario de la norma recogido en el artículo 2 de la LCJIMC.

⁸ Como sostiene A. RODRÍGUEZ BENOT en relación a la aplicación de la LCJIMC las reglas de litispendencia y conexidad resultarán de aplicación “únicamente a aquellas materias no cubiertas por el ámbito de aplicación sustantivo del Reglamento, esto es, esencialmente al Derecho de personas, de familia, de sucesiones y de Derecho concursal”, *cf.*, “La Ley de Cooperación Jurídica Internacional”, *CDT*, (Marzo 2016), Vol. 8, N.º 1, pp. 234-259, en *espc.*, pp. 249-250. Se refiere el autor al Reglamento (UE) N. 1215/2012 que es el único instrumento de fuente UE que hasta el momento incorpora soluciones para la excepción de litispendencia en los supuestos extra-UE (art. 32).

En relación a la regulación de la litispendencia extra-UE en el Reglamento (UE) N. 1215/2012, por la similitud que tiene con el artículo 39 de la LCJIMC, pueden verse, entre otros muchos trabajos, P. DIAGO DIAGO., “Artículo 33”, *Comentario al Reglamento (UE) N. 1215/2012*, Edt., Aranzadi, 2016, pp. 673-686. J. SUDEROW., “Nuevas normas de litispendencia y conexidad para Europa: ¿El ocaso del torpedo italiano?” ¿Flexibilidad versus previsibilidad?”, *CDT*, (Marzo 2013), Vol. 5, núm., 1, pp. 184195.

⁹ DOUE núm., 338, de 23 de diciembre de 2003.

bilidad parental, y sobre la sustracción de menores¹⁰ (versión refundida), dado que el texto únicamente regula la litispendencia intra-UE (artículo 20); por tanto, la LCJIMC seguirá aplicándose en los supuestos de litispendencia extra-UE en estas materias –salvo, claro está, que haya un convenio internacional–.

En consecuencia, en este supuesto, cuándo hay litispendencia internacional y cómo ha de actuar la autoridad española ante una situación de litispendencia internacional queda regulado por lo previsto en la LCJIMC (artículo 39).

1) Cuándo se produce la excepción de litispendencia internacional

A) Presupuestos generales

8. La identidad de objeto y causa de pedir en el proceso entablado por las mismas partes ante tribunales de distintos Estados son los elementos que han de confluír a la hora de apreciar la existencia o no de una situación de litispendencia (artículo 39.1 LCJIMC). De igual forma para apreciar la existencia de litispendencia es necesario que la presentación de la demanda ante los tribunales del tercer Estado sea *anterior* al momento en el que se interpone la demanda en España y que el *proceso siga pendiente*.

A continuación, se desarrollan los presupuestos citados.

a) El elemento de la pendencia del proceso

9. En relación a este último extremo, -momento de la pendencia-, el proceso abierto en el extranjero debe ser *anterior* al iniciado ante la autoridad española y, además, *debe estar pendiente* ante el tribunal extranjero. Sobre el concepto de pendencia el artículo 37 de la LCJIMC establece que a efectos de apreciar la litispendencia internacional un proceso se considera pendiente desde el momento de interposición de la demanda, si después es admitida¹¹.

En la decisión objeto de estudio no es posible determinar tales extremos dado que no se indica el momento en el que Dña. Evangelina presentó demanda ante los Tribunales peruanos y tampoco que el proceso esté pendiente ante las referidas autoridades. Ahora bien, este dato no es un elemento que haga dudar a la AP en torno a la existencia de la excepción de litispendencia -al menos, como veremos después, en lo que se refiere a la demanda sobre petición de alimentos-.

10. A modo de ejemplo traemos a colación decisiones de otras Audiencias en las que el tribunal ha verificado si se producía o no la concurrencia de la pendencia del litigio conforme a la previsión establecida en el artículo 37 de la LCJIMC.

En relación al requisito del *momento* en el que se ha de iniciar el proceso ante las autoridades extranjeras la AP de Valencia (Sección 10ª), en Auto dictado el 12 de noviembre de 2018, establece: “no cabe acoger la excepción de litispendencia dado que cuando se inicia el proceso en Marruecos ya se había dictado en España una orden de protección para la actora con medidas civiles, que posteriormente fueron ratificadas, por lo que la demanda que se presentó en Marruecos *después* de que se iniciaran actuaciones judiciales con el mismo objeto, la misma causa, y entre las mismas partes en España”¹².

También sobre el elemento de la temporalidad se pronuncia la AP de A Coruña (Sección 6ª) admitiendo el recurso de apelación interpuesto frente a la decisión dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm., 2 de Ribeira, en el que el juzgador declaraba carecer de jurisdicción por mantenerse en curso el asunto ante los Tribunales chilenos. Frente a esta decisión, tras la prueba del apelante, la AP verifica que: “la demanda de divorcio ante el Juzgado de Chile se interpuso *dos años después* de haber presentado demanda en España y, por tanto, no es argumento que justifique la abstención del Tribunal

¹⁰ DOUE núm., 178, de 2 de julio de 2019.

¹¹ Sobre el mímico *vid.*, P. QUINZÁ., “Artículo 37. Concepto de pendencia” *Comentarios a la Ley de Cooperación Jurídica Internacional en Materia Civil*, (dir., F.P. Méndez González, G. Palao Moreno), Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 433-439.

¹² Auto de la AP de Valencia (Sección 10ª) núm., 643/2018 de 12 de noviembre. JUR/2019/67370.

español sin perjuicio de los problemas que se puedan plantear de litispendencia, que conforme a lo que sostiene la AP, son ajenos a la decisión recurrida”¹³.

En referencia al elemento de la *admisión a trámite* de la demanda presentada ante las autoridades extranjeras y respecto de la cual se alega la litispendencia internacional, la AP de A Coruña (Sección 4ª) expresamente se refiere al hecho de que “no puede admitirse la litispendencia dado que la demanda que se argumenta se presentó en Luanda *no consta ni tan siquiera admitida a trámite, como muy fácil le hubiera sido demostrarlo al apelante*”¹⁴.

b) Identidad de objeto, causa de pedir y partes

11. En referencia a la identidad de objeto y causa de pedir, de conformidad con lo que se recoge en la decisión de la AP de Gerona, serían tres las distintas materias sobre las que se habría de analizar su concurrencia.

12. *Primero*, Dña. Evangelina habría entablado una acción ante las autoridades peruanas sobre medidas en relación al menor, pero no lo habría hecho sobre la disolución del vínculo matrimonial por divorcio, como expresamente indica la Audiencia en su decisión¹⁵.

Por tanto, en referencia a la petición de disolución del vínculo por divorcio no se produciría la excepción de litispendencia y, en consecuencia, el tribunal español siendo competente para conocer del asunto habría de resolver sobre el mencionado extremo (en relación a la competencia del tribunal español en materia de divorcio *vid., infra* apartado V).

13. *Segundo*, quedan dos aspectos más que tratar en torno a la identidad de objeto y causa para que exista litispendencia: lo relativo a la responsabilidad parental, así como sobre la petición de alimentos. La AP hace referencia a la interposición en Perú de una demanda de medidas en relación al menor sin concretar específicamente cuáles son tales medidas.

Pues bien, la Audiencia en su decisión acoge la excepción de litispendencia respecto de la solicitud de alimentos, dado que conforme se indica la progenitora habría interpuesto demanda sobre los mismos en Perú. En este caso existiría identidad de objeto, causa y partes.

En relación a la responsabilidad parental –en particular derecho de custodia y derecho de visita–, la AP de Gerona en el auto no se refiere de manera expresa a que la demanda, interpuesta por Dña. Evangelina ante las autoridades peruanas, hubiera incluido este aspecto; aunque parece lo más probable debido a los hechos que presenta el asunto.

Ahora bien, si en la demanda que Dña. Evangelina alega haber presentado en Perú se hubiera incluido una petición sobre la responsabilidad del menor, no puede existir litispendencia internacional, conforme al criterio de la AP. En el Fundamento de Derecho Segundo se argumenta, por parte la AP, la inexistencia de competencia judicial internacional de la autoridad española para conocer de la responsabilidad parental sobre el menor -derecho de custodia y visita-, lo que lleva a concluir que sin competencia judicial internacional de las autoridades españolas no habría litispendencia¹⁶. En efecto, la residencia habitual del niño está en Perú y no en España, en consecuencia, el Tribunal español determina que no resulta competente a estos efectos (ahora bien, véase más adelante el desarrollo que realizamos sobre la competencia de los Tribunales españoles para adoptar medidas de protección sobre menores sin residencia habitual en España *infra.*, apartado VI).

¹³ AP de A Coruña (Sección 6ª) Auto del 7 de junio de 2019. ECLI:ES:APC:2019:606A.

¹⁴ AP de A Coruña (Sección 4ª) Sentencia núm. 397/2016 de 23 de noviembre JUR/2017/5455. Fundamento de Derecho Segundo.

¹⁵ De forma textual en el Fundamento de Derecho Segundo se indica: “En consecuencia el Juzgado de Primera instancia de Girona si es competente para conocer de la demanda de divorcio. Por tanto, con respecto a la acción de divorcio, referida a la disolución del vínculo matrimonial, no puede acogerse la excepción de litispendencia internacional, máxime cuando la esposa no ha interpuesto en Perú una demanda de divorcio y si solo de medidas en relación al menor”.

¹⁶ Si lo que se quiere hacer es la impugnación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles esta se tramita en el proceso español a través de la declinatoria, de su estimación resulta la inhibición del juez y el archivo de las actuaciones.

14. En consecuencia, en relación a la decisión de la AP de Gerona el único aspecto que por el momento suscita la posible aplicación de la excepción de litispendencia internacional sería el relativo a la petición de alimentos.

B) Requisitos obligatorios

15. La excepción de litispendencia tal y como está regulada en el artículo 39.1 de la LCJIMC requiere el obligado cumplimiento de una serie de condiciones adicionales establecidas en las letras a), b) y c) del citado artículo. Así, para que el Tribunal español pueda suspender el procedimiento tienen que cumplirse todas y cada una de las condiciones que a continuación se indican en el referido precepto. Requisitos que son cumulativos y han de ser verificados por el tribunal¹⁷.

16. La redacción del artículo 39.1 de la LCJIMC establece:

“Cuando exista un proceso pendiente con idéntico objeto y causa de pedir, entre las mismas partes, ante los órganos jurisdiccionales de un Estado extranjero en el momento en que se interpone una demanda ante un órgano jurisdiccional español, el órgano jurisdiccional español *podrá* suspender el procedimiento, a instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal, siempre que se cumplan los siguientes requisitos”.

Este precepto viene a otorgar a la autoridad española potestad para decidir en torno a la suspensión o no del procedimiento¹⁸; de forma que, incluso existiendo identidad de partes, objeto y causa de pedir con una demanda anterior presentada ante un tribunal de un tercer Estado, el Tribunal español podría continuar con el procedimiento aún a riesgo de que se produzcan decisiones contradictorias¹⁹.

Pues bien, para que el órgano judicial español suspenda el procedimiento la petición ha de venir *a instancia de parte* y se requerirá el *informe preceptivo del Ministerio Fiscal* (estos dos aspectos se analizarán en el siguiente apartado 2). Junto a lo anterior el órgano judicial tendrá que verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en el apartado primero del artículo 39.

17. El primero de los requisitos se centra en la *competencia de la autoridad extranjera* para conocer del asunto:

“Que la competencia del órgano jurisdiccional extranjero obedezca a una conexión razonable con el litigio. Se presumirá la existencia de una conexión razonable cuando el órgano jurisdiccional extranjero hubiere basado su competencia judicial internacional en criterios *equivalentes* a los previstos en la legislación española para ese caso concreto”.

En la decisión objeto de análisis la AP de Gerona se refiere, en relación a los alimentos, a los criterios de competencia recogidos en el Reglamento (CE) N. 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008 relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos²⁰ (en adelante Reglamento (CE) N. 4/2009) y, en particular, a los foros recogidos en su artículo 3, es decir a la competencia del tribunal de la residencia habitual del demandado o del acreedor).

Pues bien, parece que la AP con la referencia al criterio de la residencia del acreedor como foro de competencia refleja la vinculación razonable entre el litigio y los Tribunales peruanos y, por tanto, se daría

¹⁷ Así se indica de forma expresa en el Preámbulo de la LCJIMC.

¹⁸ Como se indica en el Preámbulo de la LCJIMC *la apreciación de la excepción es potestativa*. Carácter facultativo que se destaca en *Lecciones de Derecho Internacional Privado*, AAVV. (dir. M. GUZMÁN ZAPATER), Edt. Tirant lo Blanch, 2019, p. 116.

¹⁹ Este precepto es casi idéntico al artículo 33 del Reglamento (UE) N. 1215/2012, una valoración general sobre el mismo *vid.*, F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ., *Derecho internacional privado*, Thomson, 5ª edición, pp. 206-209

²⁰ DOUE, núm., 7, de 10 de enero de 2009.

A este Reglamento se refiere la AP como Reglamento relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de decisiones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, confundiendo con ello el ámbito material de aplicación del texto.

cumplimiento a este primer requisito adicional del artículo 39.1.a) de la LCJIMC que permite al Tribunal español acoger la excepción de litispendencia internacional en lo que se refiere a la petición de alimentos.

16. El segundo de los requisitos hace referencia al *juicio de reconocibilidad* de la decisión extranjera (artículo 39.1.b).

Se trata de una condición esencial que hace, como algún autor ha indicado, superfluo el requisito incluido en la letra a) del artículo 39.1²¹. Esto último se explica en que la superación del reconocimiento de la decisión extranjera en España conllevaría en su momento la aplicación de la condición del control de la competencia de la autoridad extranjera como juez de origen (artículo 46.1 (c) de la LCJIMC). También es cierto que en la práctica la competencia del juez de origen es la única condición que puede demostrarse en la fase inicial²² -hay que recordar que el proceso aún está pendiente-.

El incumplimiento del requisito del juicio positivo de reconocibilidad de la decisión extranjera -en este caso de un Tribunal marroquí- fue el argumento empleado por AP de Valencia, en una decisión dictada en 2018, en la que estimó el recurso de apelación presentado frente a un auto dictado por el Juzgado de Violencia sobre la mujer núm., 1 en el que se declaró el *sobresimiento* del proceso acogiendo la excepción de litispendencia internacional. La AP de Valencia argumenta que se prevé que la sentencia extranjera no pueda reconocerse y, en consecuencia, no puede acogerse la excepción de litispendencia internacional. Hay que apuntar que en este caso el reconocimiento de la decisión extranjera en España no sería posible debido a la aplicación del artículo 23.5 del Convenio entre el Reino de España y Marruecos de 30 de mayo de 1997²³.

Pues bien, en el supuesto objeto de análisis la AP de Gerona no se refiere al cumplimiento de este requisito para acoger la excepción de litispendencia. En este caso debido a la residencia habitual del progenitor en España -entendemos que demandado en el proceso de alimentos en Perú y por tanto posible deudor-, si éste no cumple con la sentencia que se dicte por las autoridades peruanas es muy probable que para el cobro de los alimentos se precise su reconocimiento en España; por tanto, el juicio de reconocibilidad por parte de la autoridad española a la hora de acoger la excepción de litispendencia internacional se justificaría aún más²⁴.

17. Por último el artículo 39.1 c) se refiere al requisito de que el juez español considere necesario suspender el procedimiento en *aras de la buena administración de la justicia*. Esta condición supone que ha de hacerse “una valoración del conjunto de las circunstancias del caso, en particular de las conexiones entre los hechos del asunto y las partes y el tercer Estado de que se trate, de la fase en la que se halla el procedimiento en ese tercer Estado y si cabe esperar que se dicte resolución en un plazo razonable”²⁵. Todo ello establecido en el Preámbulo de la LCJIMC -remitiéndose el mismo al considerando 24 del Reglamento (UE) N. 1215/2012-.

No se refiere a este aspecto la AP de Gerona cuando, se entiende que en aplicación del artículo 39 de la LCJIMC, acoge la excepción de litispendencia internacional en relación a la petición de alimentos.

2) Cómo ha de actuar la autoridad española

18. De acuerdo con lo previsto en el artículo 39.1 de la LCJIMC el tribunal podrá *suspender* el procedimiento, efecto que se requerirá a *instancia de parte y previo informe del Ministerio Fiscal*.

²¹ P. DE MIGUEL., “Comentario a la Ley 29/20015, de cooperación jurídica internacional en materia civil” <http://pedrodemiguelasensio.blogspot.com/2015/08/comentario-la-ley-292015-de-cooperacion.html>

²² F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ., *Derecho internacional privado...*, op. cit., p. 207.

²³ Auto de la AP de Valencia (Sección 10ª) núm., 643/2018 de 12 de noviembre. JUR/2019/67370.

²⁴ Ni a esta condición ni a la siguiente se refiere la AP de Gerona en su decisión sobre la admisión de la litispendencia internacional en el supuesto en cuestión Un análisis sobre tales aspectos en un supuesto también de divorcio en el que se alega litispendencia internacional puede verse en la Sentencia de AP de A Coruña (Sección 4ª) Sentencia núm. 397/2016 de 23 de noviembre JUR/2017/5455.

²⁵ Sobre la interpretación y valoración del conjunto de tales circunstancias *vid.*, P. DIAGO DIAGO., “Artículo 33”, op. cit., pp. 681-682.

19. En relación a la primera de las cuestiones, apreciación a instancia de parte de la excepción de litispendencia, el artículo 39.1 de la LCJIMC no contempla de forma expresa la posibilidad de suspender el procedimiento de oficio²⁶. Es cierto que quien va a tener información sobre la apertura del proceso en el extranjero, así como sobre el transcurso del propio proceso, será la parte que interesa la litispendencia²⁷, quien generalmente, como sucede en este supuesto objeto de análisis, será el demandado en el segundo proceso abierto en este caso ante las autoridades españolas.

Sobre este extremo distintas voces abogan por la posible suspensión de oficio en el supuesto de que juez tenga conocimiento por sí solo de la existencia de otro proceso (circunstancia difícil)²⁸.

20. En referencia al informe del Ministerio Fiscal, preceptivo conforme a la previsión del artículo 39.1 de la LCJIMC, está completamente justificado en el ámbito material objeto de la decisión. Si bien como condición obligatoria para todos los procesos ha sido una cuestión criticada por parte de la doctrina.

Que el informe del Ministerio Fiscal sea preceptivo no conlleva que sea vinculante para la autoridad que dicta la decisión sobre acoger o no la excepción de litispendencia internacional. Pero lo que sí nos parece adecuado es que el Ministerio Fiscal indique en su informe si concurren los presupuestos generales, así como las condiciones adicionales obligatorias que establece el artículo 39 de la LCJIMC para estar ante un supuesto de litispendencia internacional.

21. En relación a la resolución de la excepción procesal de litispendencia, de conformidad con el artículo 421.1 de la LEC, -precepto que regula la resolución en casos de litispendencia y conexidad internos-, si el tribunal acoge la litispendencia alegada dictará auto de sobreseimiento.

Pues bien, la doctrina vino defendiendo -antes de que se regulara la litispendencia internacional en la LCJIMC- que el efecto más correcto de la litispendencia internacional es el suspensivo y no el inhibitorio, dado que es esta la forma más correcta de garantizar los derechos ambas partes. La falta de certeza en torno al juicio positivo de reconocimiento al que se somete la sentencia, como condición de la que depende la aceptación de la litispendencia, aconsejan seguir esta opción²⁹.

Sin embargo, tras la LCMJIM, conforme a lo previsto en el artículo 38: “Las excepciones de litispendencia y conexidad internacional se alegarán y tramitarán como la excepción de litispendencia interna”, lo que conlleva el seguimiento en el plano internacional de la regulación que de estas dos figuras procesales hace la LEC para los supuestos puramente internos³⁰ y, en consecuencia, las previsiones que al respecto realiza la norma procesal.

22. En relación al supuesto objeto de análisis como hizo la AP de Gerona el juez puede estimar la litispendencia para algunos aspectos -por ejemplo, en la petición de alimentos- y no para otros -por ejemplo, en la disolución del vínculo por divorcio-. En el ámbito internacional se trata de cuestiones separables, aunque su tramitación sea conjunta.

²⁶ A diferencia de la previsión del artículo 31.4 del Reglamento (CE) N. 1215/2012 que prevé la suspensión de oficio o a instancia de parte cuando el derecho nacional lo prevea.

²⁷ En relación a este aspecto véase A. CALVO CARAVACA J. CARRASCOSA, *Derecho Internacional Privado*, Edt. Comares, Vol I, p. 376. Se inclinan por la opción de que, como sucede en el Reglamento (UE) N. 1215/2012 se hubiera contemplado la opción de la apreciación de oficio, M. GARDEÑES SANTIAGO, “Procedimientos paralelos...”, *op. cit.*, p. 113. C. AZCÁRRAGA MONZONIS, “Artículo 39”, *Comentarios a la Ley de Cooperación...op. cit.*, pp. 450-451.

²⁸ En particular véanse los argumentos empleados por P. QUINZÁ, “Artículo 38”, *Comentarios a la Ley de Cooperación...*, *op. cit.*, p. 441.

²⁹ Sobre este aspecto F. ROZAS, S. SÁNCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, Edt. Cívitas 7ª edición. Textualmente se afirma: “Conviene señalar que, en la litispendencia internacional, el sobreseimiento no parece la solución más razonable, sino la suspensión del procedimiento, que no es el efecto contemplado en la LEC para la litispendencia interna”, p. 112. M. VIRGOS SORIANO, F.J. GARCIMARTÍN ALFEREZ, *Derecho procesal civil internacional. Litigación internacional*, Cívitas, 1ª edición, 2000, p. 256.

³⁰ P. QUINZÁ, “Artículo 38. Procedimiento”, *Comentarios a la Ley de Cooperación...*, *op. cit.*, pp. 440-443.

VI. La competencia judicial internacional del tribunal español en relación a la disolución del vínculo por divorcio

23. Conforme al auto dictado en Primera Instancia la autoridad española archiva todo procedimiento por falta de competencia judicial internacional. Respecto a este extremo la AP de Gerona declara *revocar en consecuencia parcialmente dicha decisión debiendo continuar la tramitación del procedimiento por corresponder la jurisdicción internacional a los Tribunales españoles con respecto a la acción de disolución del vínculo matrimonial por divorcio, y en su caso a la extinción del régimen económico matrimonial y a la revocación de autorizaciones y poderes conferidos entre los cónyuges*³¹.

24. Descartada la excepción de litispendencia internacional, -dado que según se recoge en el auto de la AP la ahora demandada en el proceso español no habría presentado demanda en relación al divorcio, y la demanda ante las autoridades peruanas solo sería sobre medidas de protección del menor-, el Tribunal español reproduce en su auto tanto la normativa de fuente interna -artículo 22 *quater* de la LOPJ- como la normativa de fuente UE -el Reglamento (CE) N. 2201/2003-. Para concluir declarando la competencia de los Tribunales españoles basada en el foro de la residencia habitual del esposo, demandante en el proceso (artículo 3 del Reglamento (CE) N. 2201/2003).

25. La AP de Gerona insiste, reproduciendo textualmente un auto dictado por la AP de Barcelona en 2018³², en la primacía del citado Reglamento frente a la LOPJ, aun cuando se trate, como en el caso, de nacionales extranjeros incluso de terceros Estados siempre que uno de ellos siga residiendo en España (vínculo real entre el interesado y el Estado miembro que ejerce la competencia)³³.

Aún hay decisiones que no tienen en cuenta el Reglamento (CE) N. 2201/2003 para fundamentar la competencia de los Tribunales españoles en materia de divorcio y directamente aplican las previsiones del artículo 22 *quáter* letra c) de la LOPJ. Si bien es cierto la transcripción casi literal que se ha hecho en la LOPJ de los foros de competencia del artículo 3 del Reglamento (CE) N. 2201/2003 supone que el resultado en la práctica sea el mismo.

Pues bien, dicho lo anterior desconocemos el motivo por el que cuando la AP de Gerona recapitula al final de su auto cita expresamente como instrumento aplicable a la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles el artículo 22 *quater* c) de la LOPJ³⁴.

26. En consecuencia, la AP de Gerona admite parcialmente el recurso declarando la competencia judicial internacional del Juzgado de Primera Instancia, y continúa declarando: “Por tanto, con respecto a la acción de divorcio, referida a la disolución del vínculo matrimonial, no puede acogerse la excepción de litispendencia internacional, *máxime* cuando la esposa no ha interpuesto en Perú una demanda de divorcio y si solo de medidas en relación al menor” (la cursiva es nuestra). Creemos que esta última afirmación, junto con la que a continuación transcribimos, pueden resultar en cierta medida confusas.

“Recapitulando todo lo anterior con respecto a la acción de divorcio, referida a la disolución del vínculo matrimonial *no puede acogerse la excepción de litispendencia internacional, ya que la jurisdicción española es competente para resolver las pretensiones relativas a la extinción del régimen económico matrimonial y a la revocación de consentimientos y poderes otorgados entre cónyuges* tal como se recoge en el Art. 22, *quáter* c) de la L.OPJ antes referido” (la cursiva es nuestra).

En el caso objeto de estudio no puede acogerse la excepción de litispendencia internacional sobre este aspecto justamente porque, como indica la AP en su auto, no se ha presentado demanda de disolución del vínculo por divorcio ante los Tribunales peruanos. Si ello hubiera ocurrido, cumplidas las

³¹ Conforme a lo establecido por la AP en la parte dispositiva del Auto.

³² Auto de la AP Barcelona de 24/10/2018.

³³ Auto de la AP de A Coruña (Sección 6ª) Auto del 7 de junio de 2019. ECLI:ES:APC:2019:606A.

³⁴ Todo ello en distintos apartados del Fundamento Jurídico Segundo del auto de la AP de Gerona.

condiciones del artículo 39.1 de la LCJIMC, y siendo competente los Tribunales españoles estos podrían haber acogido la excepción de litispendencia internacional y, en consecuencia, que sobre el divorcio hubiera resuelto el Tribunal peruano³⁵.

27. La competencia judicial internacional de los dos tribunales ante los que se presenta una demanda con identidad de objeto, causa y partes es necesario para evitar el fin último que se persigue con la figura de la litispendencia internacional: conocimiento de un mismo asunto por dos tribunales, evitar la duplicidad de procesos y, por tanto, que no se produzcan decisiones inconciliables. Como ya hemos dicho, y reiteramos, sin competencia judicial internacional no hay litispendencia internacional.

VII. La competencia judicial internacional de los Tribunales españoles para adoptar medidas de protección sobre un menor sin residencia habitual en España

28. Analiza la AP de Gerona la competencia de los Tribunales españoles en relación a la adopción de medidas sobre el menor y, en particular, sobre la responsabilidad parental -derecho de custodia y de visita sobre el menor-. Concluye declarando la incompetencia de los Tribunales españoles para adoptar medidas relativas a la responsabilidad de un menor con residencia habitual en Perú.

La competencia de los tribunales españoles ante los que se solicita adoptar medidas de protección *sobre menores con residencia habitual en terceros Estados* se ha planteado en distintas ocasiones resolviendo las autoridades españolas de manera diferente a como lo hizo la AP de Gerona. Sirvan como muestra los siguientes casos:

29. En los dos primeros supuestos que se van a analizar, además de la residencia del menor en un tercer Estado, hay otro denominador en común: el acuerdo de los progenitores a la hora de que conozcan las autoridades españolas sobre las medidas relativas a los hijos que tienen su residencia habitual fuera de España. En ambos casos es la aplicación del Reglamento (CE) N. 2201/2003 el instrumento conforme al cual los Tribunales españoles declaran su competencia.

30. Supuesto resuelto por la AP de Barcelona (Sección 12) de 8 de enero de 2015³⁶. En este caso la AP confirma la competencia de los Tribunales españoles para adoptar medidas de protección sobre uno de los hijos de un matrimonio de nacionales chinos con residencia en España, aunque el niño tuviera su residencia habitual en China donde era cuidado por sus abuelos.

La AP de Barcelona se basa en artículo 12.1 del Reglamento (CE) N. 2201/2003 y se declara competente dado que ninguno de los progenitores había cuestionado la competencia de los Tribunales españoles para adoptar medidas de protección sobre el referido menor y, además continúa sosteniendo la AP, su competencia responde al interés del mismo, según requiere el apartado 4 del artículo 12 del citado Reglamento.

31. En el supuesto resuelto por de la AP de León (Sección 1ª) en sentencia de 6 de octubre de 2017, se plantea una demanda de común acuerdo sobre la disolución del matrimonio por divorcio ante los Tribunales españoles³⁷. En el convenio regulador las partes acuerdan medidas sobre el menor que tenía su residencia habitual en Senegal y era cuidado por su abuela.

Pues bien, en Primera Instancia se disuelve el vínculo por divorcio, pero por falta de competencia judicial internacional no se pronuncia sobre las medidas en relación con el menor. Ante ello ambas partes interpusieron recurso de apelación para pedir que se aprobara el convenio regulador en todos

³⁵ Mantenemos nuestras dudas en torno a la competencia judicial internacional de los Tribunales peruanos en lo relativo a la disolución del vínculo por divorcio dado que el supuesto no cumple ninguno de los foros contenidos en el Código Civil peruano en relación a su competencia en asuntos relativos a las relaciones familiares que establecen los artículos 2062 (foro en razón de la materia) y 2057 (foro general del domicilio del demandado).

³⁶ Sentencia núm. 10/2015 de 8 enero. JUR 2015\76317.

³⁷ ECLI: ES:APLE:2017:857.

sus extremos y, en particular, en relación con las medidas sobre guarda y custodia, así como sobre los alimentos en favor del menor.

La AP de León estima el recurso y revoca la decisión dictada en Instancia en relación a la falta de competencia judicial internacional del Tribunal español para decidir sobre las medidas relativas al menor. Para ello aclara: 1º) la aplicación del Reglamento (CE) N. 2201/2003 con independencia del lugar de residencia habitual del menor en un EM o no³⁸; 2º) la aplicación posteriormente en el marco del Reglamento del criterio de la residencia habitual como foro de competencia que determinará la competencia o no de las autoridades.

Establecida entonces la aplicación del Reglamento (CE) N. 2201/2003, no hay duda de la incompetencia de las autoridades españolas conforme a la regla general -artículo 8 lugar de residencia habitual del menor-. Ahora bien, la AP de León declara la competencia de los Tribunales españoles para conocer en aplicación de la prórroga de la competencia prevista en el artículo 12 del texto, estableciendo: *que nada hay de anómalo, sino todo lo contrario, en que los tribunales españoles decidan sobre responsabilidad parental cuando el menor reside fuera del territorio nacional*. Igualmente, la AP considera también competentes a las autoridades españolas en relación al establecimiento del derecho de alimentos en aplicación del foro por conexidad procesal previsto en la letra d) del artículo 3 del Reglamento (UE) N. 4/2009³⁹.

32. A diferencia de los dos supuestos anteriormente citados, en los dos casos siguientes no hay voluntad común de las partes en torno a que el Tribunal español acuerde medidas de protección en relación al menor. Por tanto, son otros los criterios en los que la autoridad española basa su competencia para adoptar medidas de protección en torno a un menor con residencia en un tercer Estado; si bien continúan siendo de aplicación las previsiones del Reglamento (CE) N. 2201/2003.

33. En el año 2018 se presenta ante la AP de León (Sección 2ª) recurso de apelación contra la decisión del Juzgado de Primera Instancia por el cual disolvía el matrimonio por divorcio entre dos nacionales pakistaníes con residencia habitual en España, y se declaraba incompetente para conocer sobre las medidas de protección de la hija cuya residencia habitual estaba en Pakistán junto a sus abuelos maternos⁴⁰. Recurrida la sentencia en apelación, la AP de León estima parcialmente el recurso declarando la competencia de los Tribunales españoles para adoptar medidas de protección sobre la menor -en lo que hace al derecho de custodia y de visita- así como sobre la petición de alimentos.

En relación a la responsabilidad parental el Tribunal español descarta su competencia en aplicación de los artículos 8 y 12 del Reglamento (CE) N. 2201/2003⁴¹. Una vez comprobado que tampoco existe un tribunal de otro EM competente, y ante la previsión del artículo 14 del citado Reglamento, aplica de forma residual la normativa de fuente interna⁴². De manera que, conforme al artículo 22 quáter de la LOPJ, declara la competencia a los Tribunales españoles para conocer de la responsabilidad parental del menor dado que el demandante tiene su residencia habitual en España al tiempo de la demanda⁴³.

³⁸ Establece la AP en el Fundamento de Derecho Segundo: “Dado que el Reglamento no limita su aplicación a los supuestos en los que el elemento de extranjería se sitúe en alguno de los Estados miembros de la Unión Europea, resulta irrelevante que el menor tenga o no tenga su residencia en uno de ellos”.

³⁹ Establece el artículo 3 letra d) del Reglamento (UE) N. 4/2009: Serán competentes para resolver en materia de obligaciones de alimentos en los Estados miembros: d) el órgano jurisdiccional competente en virtud de la ley del foro para conocer de una acción relativa a la responsabilidad parental, cuando la demanda relativa a una obligación de alimentos sea accesoria de esta acción, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes

⁴⁰ ECLI: ES:APLE:2018:841.

⁴¹ El menor no tiene residencia habitual en España y los progenitores no han dado su consentimiento para que el Tribunal español competente para conocer del divorcio conozca de la responsabilidad parental (artículo 12).

⁴² El artículo 14 (competencia residual) del Reglamento (CE) N. 2201/2003 establece: “Si de los artículos 8 a 13 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro, la competencia se determinará, en cada Estado miembro, con arreglo a las leyes de dicho Estado”.

⁴³ El artículo 22 de la LOPJ establece: “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”.

Establecida entonces la competencia de los Tribunales españoles sobre la responsabilidad parental continua la AP de León en su auto resolviendo el asunto relativo a la competencia en materia de alimentos. Para ello, y a través de la aplicación del foro por conexidad procesal, declaró la competencia de los Tribunales españoles en aplicación del artículo 3 d) del Reglamento (UE) N. 4/2009. Establece la AP en su decisión que: “si los Tribunales españoles son competentes para conocer de la responsabilidad parental del menor, y resultado los alimentos accesorios a dicha acción, también lo son para resolver sobre los alimentos”.

34. El tercer ejemplo estaría resuelto por sentencia dictada por la AP de Barcelona el 5 de noviembre de 2019⁴⁴. Este caso es el que presenta mayor parecido con el que resuelve la AP de Gerona en cuanto a los pocos elementos de vinculación con las autoridades españolas, al menos en lo que hace a su competencia para adoptar medidas en relación a los menores.

El demandante, nacional y con residencia habitual en España, presenta demanda de divorcio ante las autoridades españolas frente a una nacional india. Junto a ello solicita: medidas en relación a los dos hijos sobre la responsabilidad parental –pide que el derecho de custodia sea concedido a la progenitora y en su favor se establezca un régimen de visitas que le permita mantener el contacto con los menores–, igualmente el progenitor demandante ofrece el pago de una pensión de alimentos en favor de los hijos. Tanto la madre como los menores tienen su residencia habitual en India, si bien el domicilio de los tres es al parecer desconocido.

Pues bien, al igual que ocurre en la sentencia de la AP de León, la AP de Barcelona admite el recurso declarando la competencia de los Tribunales españoles tanto para la adopción de medidas en relación a la responsabilidad parental sobre los menores como en relación a la petición de alimentos. Para ambas materias aplica el mismo razonamiento y fundamento que la AP de León, es decir se remite a la normativa interna -artículo 22 quáter de la LOPJ- para las medidas relativas al derecho de custodia y de visita -por mandato del artículo 14 del Reglamento (CE) N. 2201/2003-, y al foro de conexidad procesal del Reglamento (UE) N. 4/2009 en lo referente a los alimentos; si bien en este caso, creemos que de forma errónea, argumenta su competencia en la letra c) del artículo 3 y no la letra d) del mismo⁴⁵.

35. Para finalizar, la cuestión que se suscita en torno a la decisión de la AP de Gerona después de haber analizado la jurisprudencia anterior parece lógica: ¿podría haber seguido la AP de Gerona el mismo razonamiento y en consecuencia declarar la competencia del Tribunal español para conocer? La pregunta formulada se responde de distinta manera en función de dirimir la competencia en materia de responsabilidad parental o en la materia de alimentos.

Respecto del derecho de alimentos ya apuntamos como al parecer era el único aspecto sobre el que se habría producido la excepción de litispendencia, y así se acogió en el recurso por la AP (*vid.*, *supra* párrafo núm., 13). Se entiende que cumplidos los requisitos previstos en el artículo 39 de la LCJIMC el Tribunal español, aunque tuviera competencia⁴⁶, suspende el procedimiento en favor de los Tribunales peruanos.

En lo que a la responsabilidad parental se refiere, el Tribunal español se declaró incompetente tanto en primera como en segunda instancia, dado que al aplicar las normas del Reglamento (CE) N. 2201/2003 ni el lugar de residencia del menor era España ni había acuerdo de los progenitores que permitiera aplicar las previsiones del artículo 12. Pero teniendo en cuenta que ningún tribunal de otro EM era competente para conocer podría haber aplicado el criterio de competencia residual del artículo 14 del Reglamento (CE) N. 2201/2003 y, en consecuencia, conforme a los foros del artículo 22 quater de la LOPJ, haber declarado su competencia dado que el demandante -progenitor- tenía su lugar de residencia en España⁴⁷.

⁴⁴ SAP B 13078/2019 - ECLI: ES:APB:2019:13078

⁴⁵ Hay que recordar que mientras la letra (c) del artículo 3 del Reglamento (UE) N. 4/2009 se refiere a una acción la de alimentos accesorios a una acción relativa al estado de las personas, la letra d) del citado precepto se refiere a la acción de alimentos como accesorio a una acción relativa a la responsabilidad parental.

En relación a la interpretación de las letras c) y d) del artículo 3 del Reglamento (UE) N. 4/2009 pueden verse las decisiones del TJUE en el asunto C-184/14, de 16 de julio de 2015 ECLI:EU:2015:479 y el asunto C-499/15, de 15 de febrero de 2017 ECLI:EU:C:2017:118. Sobre las mismas *vid.*, C.I CORDERO ÁLVAREZ., “Nota”, *REDI*, Vol. 68, 1, 2016, pp. 178-181.

⁴⁶ Recordemos que España es el lugar de residencia habitual del progenitor -se entiende que demandado en el proceso de alimentos si este es a título principal- (artículo 3 del Reglamento (UE) N. 4/2009).

⁴⁷ La respuesta sería distinta si el menor hubiera residido en un tercer Estado parte del Convenio de La Haya de 1996. De

Ahora bien, aunque las previsiones del Reglamento hubieran hecho posible que, en aplicación de la normativa de fuente interna, los Tribunales españoles fueran competentes no podemos dejar de concluir con alguna consideración que nos suscita esta posibilidad, más aún en un caso como el de la AP de Gerona.

Primero, en relación a la propia aplicación, aunque sea residual, de la normativa interna en el marco de la norma de fuente UE⁴⁸. La falta de vínculo del supuesto con un EM -en definitiva con la UE- permite la entrada de la normativa interna y con ello la declaración de competencia de un Tribunal de un EM por la aplicación de otros criterios de competencia. Estos criterios estarían contemplados en la normativa interna y no se corresponderían con los previstos en la normativa UE. La aplicación de la normativa interna y con ella sus foros de competencia es posible tras la autorización del instrumento de fuente institucional que además establece: “Las normas de competencia en materia de responsabilidad parental están concebidas en función del interés superior del menor, y deben aplicarse de acuerdo con este”⁴⁹. Criterio al que ha de responder igualmente las normas de competencia judicial internacional de fuente interna.

Segundo, en relación a la propia eficacia de la decisión adoptada en estos casos por los Tribunales españoles. Si el menor tiene su residencia habitual en un tercer Estado la propia efectividad de la decisión en el tercer Estado donde el menor reside puede ser dudosa. Parece lógico cuestionarse cómo se tutela el *interés del menor* si la decisión no puede reconocerse.

VII. Algunas reflexiones finales

36. En julio de 2020 se cumplirán cinco años desde que se aprobó la LCJIMC y por tanto desde que la regulación de la litispendencia internacional en la norma interna es aplicable.

Las previsiones de la LCJIMC van a tener operatividad en pocas materias; ahora bien, la relevancia cuantitativa que tienen los asuntos para los que resulta aplicable la reglamentación interna de la litispendencia internacional permiten augurar una significativa y numerosa práctica.

37. Por tanto, estamos ante una importante novedad legislativa sobre cuya correcta aplicación no creemos que el auto de la AP de Gerona constituya un ejemplo a seguir. La lectura del auto permite concluir que el tribunal no verifica prácticamente ninguno de los requisitos que el artículo 39 de la LCJIMC establece, y conforme a los cuales se faculta al Tribunal español para acoger o no de la excepción de la litispendencia internacional; y decidir, en consecuencia, en torno a la suspensión del procedimiento en favor de los tribunales extranjeros.

38. Más acertadas nos parecen las reflexiones que realiza la Audiencia en relación a la interpretación sobre la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles por ejemplo en materia de divorcio.

Quiere dejar clara la Audiencia la aplicación del Reglamento (CE) N. 2201/2003 por encima de la norma interna y ello con independencia de los factores que conforman el caso –nacionales de terceros Estados–; si bien al final yerra cuando aplica la LOPJ en particular su artículo 22 quater letra c), como fundamento de su competencia.

39. Por último en relación a las medidas a adoptar sobre el menor, en ningún momento aclara cuáles han sido exactamente incluidas en la demanda que al parecer de forma previa interpuso Dña.

conformidad con su artículo 61 el Convenio de La Haya de 1996 es aplicable cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado parte del texto. El Convenio no contiene una norma que permita la aplicación residual de las normas de competencia judicial de fuente interna. En este caso la aplicación del artículo 10 -autonomía de la voluntad de los progenitores- o los artículos 8 y 9 – transferencia de la competencia a un tribunal mejor situado- podría permitir que un Tribunal español tuviera competencia para adoptar medidas de protección sobre un menor con residencia habitual en un tercer Estado parte del citado texto convencional. Véase el ejemplo resuelto por la AP de Barcelona (Sección 18ª) de 17 de mayo de 2017, ECLI: ES:APB:2017:3796A.

⁴⁸ Y que continúa estando presente en el marco del Reglamento (UE) N. 2019/1111 artículo 14.

⁴⁹ Considerando 19 del Reglamento (UE) N. 2019/1111.

Evangelina ante los Tribunales peruanos. Solo parece no quedar duda en que sí se solicitaron ante los mencionados tribunales alimentos en favor del menor -aspecto para el que la AP de Gerona acoge la excepción de litispendencia internacional-.

40. En lo que hace al derecho de custodia y de visita la Audiencia descarta su competencia en base al artículo 8 o el 12 del Reglamento (CE) N. 2201/2003. La AP no examina la posibilidad de que, ante la inexistencia de la competencia de un tribunal de otro Estado miembro, resulten aplicables de forma residual las normas de competencia judicial internacional nacionales; normativa que, por las previsiones del artículo 22 quater de la LOPJ, atribuiría competencia al Tribunal español para conocer sobre las medidas en relación a un menor sin residencia habitual en España y cuyo vínculo con el asunto estaría en la residencia del progenitor en España. En cualquier caso, se pone en duda la eficacia de la decisión que pudiera dictar el Tribunal español en caso de haberse declarado competente en base a la normativa de fuente interna.