

COMPETENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES PARA
CONOCER DE UNA DEMANDA RELATIVA A LA POTESTAD
PARENTAL SOBRE UN MENOR RESIDENTE EN UN ESTADO
NO MIEMBRO DE LA UE
(SAP BARCELONA 2 DE NOVIEMBRE DE 2020)

JURISDICTION OF SPANISH COURTS OVER PARENTAL
MEASURES CONCERNING A NON-EU RESIDENT MINOR

XABIER OBERGOZO MIGUEL

*Profesor asociado doctor de Derecho internacional privado
Universidad Pública de Navarra*

ORCID ID: 0000-0002-9697-6467

Recibido: 16.06.2021 / Aceptado: 08.07.2021

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.6300>

Resumen: La sentencia objeto del presente comentario aborda la aplicabilidad del Reglamento Europeo 2201/2003 para atribuir competencia a los tribunales de un Estado miembro, España, en un caso en el que se solicita la guarda y custodia, además del ejercicio de potestad parental, sobre un menor residente en un tercer Estado (Bolivia).

Palabras clave: Reglamento 2201/2003, competencia judicial internacional, Guardia y custodia, Ejercicio de potestad parental

Abstract: In this case, the Court analyses the applicability of Council Regulation 2201/2003 to determine Spanish courts' jurisdiction in a custody case regarding a minor not domiciled in a member state (Bolivia).

Keywords: Council Regulation 2201/2003, international jurisdiction, custody/family law, Parental responsibility

Sumario: I. Antecedentes de hecho y decisión de instancia. II. Reglamento (CE) 2201/2003 - Cuestiones introductorias. III. Protección del menor - Régimen general de competencia judicial del Reglamento (CE) 2201/2003. IV. La competencia residual del artículo 14 y la aplicación del Derecho interno. V. La nueva regulación de los foros de competencia residual en el Reglamento (UE) 2019/1111.

I. Antecedentes de hecho y decisión de instancia

1. En el presente caso se recurre una decisión de primera instancia en la que el tribunal -que sí se pronuncia en lo relativo a la contribución alimenticia a cargo del padre del menor- se considera, sin embargo, incompetente para deliberar sobre la potestad parental de un menor residente en un Estado no miembro de la Unión Europea, en este caso Bolivia, en aplicación del Reglamento 2201/2003¹. La recurrente considera sin embargo que el instrumento internacional de aplicación al caso no es dicho reglamento europeo, sino el Convenio de La Haya de 1996², en virtud del cual solicita a la AP que se le atribuya la potestad parental sobre el menor, su hijo. Cabe señalar que todo el proceso se desarrolla en rebeldía de la contraparte, y padre del menor.

2. La cuestión de mayor trascendencia jurídica en este caso supondrá por tanto determinar de acuerdo con qué instrumento de Derecho internacional privado vigente en España podrían considerarse competentes los tribunales españoles en el caso de responsabilidad parental sobre un menor nacional de un Estado no miembro y residente en dicho Estado.

3. Dilucidado este extremo podrá, en su caso, el tribunal analizar las pretensiones de fondo de la demanda, que se concretan en el supuesto que nos ocupa, en la declaración de la potestad parental de la demandante, residente en España, sobre su hijo, menor de edad residente en Bolivia. Esta potestad parental se encuentra de facto delegada en los abuelos del menor en dicho Estado no miembro.

4. Sobre la cuestión de fondo, la AP pone de manifiesto la ausencia del demandado (y padre del menor) en el procedimiento judicial y, además, en la vida del menor. Considera el tribunal acreditada la falta de interés del padre en la asunción de responsabilidad alguna, responsabilidad que parece haber asumido la madre del menor, recurrente en el procedimiento que nos ocupa.

5. El presente análisis se centrará en todo caso en el motivo de recurso relativo a la competencia judicial internacional, dado que la cuestión de fondo se resuelve en pura aplicación del Derecho interno, más concretamente los artículos 236-2 y 236-10 del Código Civil de Cataluña.

II. Reglamento (CE) 2201/2003 – Cuestiones introductorias

6. El Reglamento 2201/2003 -Bruselas II-bis-, sustituido por el Reglamento Bruselas II-ter³ en la actualidad, representa una de las más exitosas aproximaciones armonizadoras de Derecho procesal en el ámbito del Derecho de familia en la Unión Europea, trasladando a este ámbito jurídico la armonización legislativa posibilitada en materia civil y mercantil por el Convenio de Bruselas de 1968.

7. De entre las principales cuestiones controvertidas en relación con el reglamento⁴ destaca quizá la necesaria de una noción autónoma de los conceptos más relevantes en aras a la aplicación de este instrumento europeo.

¹ Reglamento (CE) n° 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, por el que se deroga el Reglamento (CE) n° 1347/2000.

² Convenio 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.

³ Reglamento (UE) 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, vid. punto V del presente comentario.

⁴ Extensamente tratadas en la doctrina, vid. entre otras: P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “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*, n.º 21, diciembre 2014, N.º 21, pp. 5-22; T. KRUGER Y L. SAMYN, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *Journal of Private International Law*, enero 2016; A. BERNARDO SAN

8. El propio concepto de “menor” no queda recogido en el texto, lo que puede generar algunas incógnitas en relación con los menores emancipados, a los que no se refiere el reglamento. Menores emancipados que, de acuerdo con la Comisión⁵, no deberían incluirse como menores a efectos de aplicación del reglamento, cuestión no pacíficamente aceptada por algunos autores⁶.

9. Asimismo, la noción de “responsabilidad parental”, delimitada en positivo y negativo en el artículo 1.1 y 1.2 del reglamento, ha sido recurrentemente sometida al TJUE⁷, lo que no debe sorprender en absoluto, siendo frecuente el sometimiento al Tribunal de Justicia de casuísticas concretas en relación con los ordenamientos nacionales que requieren de una delimitación acorde al concepto unificado del instrumento europeo en cuestión.

10. En todo caso, a efectos del presente comentario, devienen especialmente relevantes las cuestiones referidas a los criterios de determinación de la competencia judicial internacional a los que nos referiremos a continuación.

III. Protección del menor - Régimen general de competencia judicial del Reglamento (CE) 2201/2003

11. Como se ha adelantado, la competencia de los tribunales españoles en un procedimiento de familia como el presente, referido a la potestad parental sobre un menor, será determinada -como acertadamente concluye la sentencia⁸- por el Reglamento Bruselas II-bis, que comparte vigencia en la materia en España con el Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 y, subsidiariamente, con el artículo 22 *quater* LOPJ.

12. El citado reglamento europeo parte, en su artículo 8, de un criterio de competencia general basado en la residencia habitual del menor en un Estado miembro en el momento de sustanciación del litigio. La residencia habitual del menor condicionará igualmente la competencia en otros supuestos, como en cuestiones relativas al Derecho de visitas -art. 9- o en supuestos de retención ilícita del art. 10, que otorgan competencia sobre al asunto a los tribunales del lugar de residencia habitual “de origen” del menor.

13. Con todo, el concepto de “residencia habitual” del menor, como ocurría con las delimitaciones conceptuales citadas anteriormente, ha sido sometido a la interpretación del TJUE⁹. Concretamente, en los asuntos “UD”¹⁰, “Mercredi”¹¹, “A”¹² y “C contra M”¹³ el Tribunal europeo ha ofrecido

José, “Las normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del consejo de 25 de junio de 2019”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* (Octubre 2020), Vol. 12, Nº 2, pp. 1243-1289.

⁵ Vid. “Guía práctica para la aplicación del Reglamento Bruselas II-bis”, Dirección General de Justicia de la Comisión Europea, publicada el 20 de junio de 2016: <https://op.europa.eu/es/publication-detail/-/publication/f7d39509-3f10-4ae2-b993-53ac6b9f93ed>

⁶ P. OREJUDO PRIETO DE LOS MOZOS, “Diez años de aplicación...”, op. cit., p. 6.

⁷ Vid., entre otras: Sentencia del Tribunal de Justicia de 27 de noviembre de 2007, asunto C-435/06, “C”, (ECLI:EU:C:2007:714) y Sentencia del Tribunal de Justicia de 2 de abril de 2009, asunto C-523/07, “A”, ECLI:EU:C:2009:225.

⁸ Sentencia comentada, fundamento de Derecho segundo: “Es aplicable el Reglamento 2201/2003 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 y ello aun cuando el menor no tenga su residencia habitual en un Estado miembro.”

⁹ M. GONZÁLEZ MARIMÓN, “Un paso más en el proceso de armonización del derecho privado europeo: la concreción por el tjeue del concepto de residencia habitual del menor recogido en el reglamento bruselas II bis”, *Revista Boliviana de Derecho*, Nº 30, julio 2020, pp. 470-495.

¹⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, “UD”, ECLI:EU:C:2018:835. Vid. comentario: G. BIAGIONI, “Jurisdiction in Matters of Parental Responsibility Between Legal Certainty and Children’s Fundamental Rights”, *European Papers*, Vol 4, 2019, No 1, European Forum, Insight of 15 April 2019, pp. 285-295.

¹¹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Primera) de 22 de diciembre de 2010, asunto C-497/10 PPU, “Mercredi”, ECLI:EU:C:2010:829. Vid. comentario de la sentencia por S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, *Revista Española de Derecho Internacional*, vol. LXII (2010), 2, pp. 251-255.

¹² Cit. supra.

¹³ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 9 de octubre de 2014, Asunto C-376/14 PPU, “C contra M”, ECLI:EU:C:2014:2268.

un concepto autónomo para todos los Estados miembros, recibiendo además atención por parte de la doctrina europea¹⁴.

14. Esta circunstancia, la residencia del menor, no concurre en el caso objeto del presente comentario, por lo que no procede atribuir competencia judicial a los tribunales españoles en virtud de este precepto.

15. Adicionalmente, el artículo 12 introduce alternativas basadas en la *prorrogatio fori*, es decir, la autonomía de la voluntad de los progenitores. El art. 12.1 busca la acumulación de procesos de divorcio con los de responsabilidad parental que se deriven del mismo -se trata de un procedimiento accesorio al procedimiento de divorcio-, siempre y cuando esta competencia sea expresamente aceptada por los cónyuges. El 12.3, además, ofrece esta alternativa sin necesidad de que exista la citada accesoriedad. No se trata tampoco del caso en la sentencia comentada.

16. La sumisión tácita queda igualmente excluida por la incomparecencia del padre del menor y demandado.

17. Por último, siguiendo el razonamiento de la AP, se refiere el tribunal en este punto al foro del artículo 12.4 que -como cláusula de cierre en este precepto referido a la prórroga de competencia- permitiría la asunción de competencia en los supuestos en los que el menor tenga su residencia habitual en el territorio de un tercer Estado que, además, no sea parte del Convenio de la Haya de 19 de octubre de 1996, cuando el procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate y siempre en beneficio del menor¹⁵, a modo de *fórum necessitatis*.

18. La última alternativa que podría dar sustento a la competencia de los tribunales españoles sería la “cláusula residual” del artículo 14, que opera como cláusula de remisión a la *lex fori*. Este y no otro es el precepto que habilita a los tribunales españoles, así lo entiende la AP, en este caso, para proceder a la aplicación del artículo 22 *quater* de la LOPJ¹⁶ que atribuye competencia a los tribunales españoles en materia de relaciones paterno-filiales cuando el demandante tenga su residencia habitual en España, circunstancia que concurre en el presente litigio.

IV. La competencia residual del artículo 14 y la aplicación del Derecho interno

19. Vemos por tanto que la AP se apoya en el artículo 14 del Reglamento para aplicar de manera subsidiaria la norma española que atribuye, en los términos descritos, competencia a los tribunales españoles por cuanto que el Derecho español será aplicable, según dicho artículo, “si de los artículos 8 a 13 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro”.

20. Esta remisión al Derecho interno y la adopción de competencia en virtud del mismo está además plenamente avalada por el TJUE en el citado asunto “UD”¹⁷. Según la sentencia de dicho asunto “cada Estado miembro puede, de conformidad con el artículo 14 de dicho Reglamento y tal y como ob-

¹⁴ A. LIMANTÉ & I. KUNDA, “Jurisdiction in Parental Responsibility Matters”, en C. HONORATI (ed.) *Jurisdiction in Matrimonial Matters, Parental Responsibility and International Abduction*, Peter Lang, 2017, pp. 63-91.

¹⁵ Beneficio del menor como principio rector de la regulación del actual DIPr de familia, vid. A. MERCHÁN MURILLO, “El interés superior del menor como cuestión de fondo”, *Cuadernos de derecho transnacional*, Vol. 12, Nº. 1, 2020, págs. 635-644; E. RODRÍGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *Revista española de derecho internacional*, Vol. 69, Nº 1, 2017, pp. 139-165.

¹⁶ “d) 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.”

¹⁷ Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18, cit. nota a pie de página nº 10, apartado 57.

serva la Comisión, fundar la competencia de sus propios órganos jurisdiccionales basándose en normas de derecho interno, apartándose del criterio de la proximidad en el que se basan las disposiciones del referido Reglamento.”

21. En todo caso, la interpretación y aplicación de este artículo debe ser “extremadamente estricta”¹⁸, y operará solo respecto de menores sin residencia en un Estado miembro, que además no hayan solicitado la condición de refugiados ni se hallen desplazados por situaciones de inestabilidad en su Estados de origen y siempre y cuando no exista prórroga de la jurisdicción.

22. En dicho contexto, la aplicación de la noma interna, en este caso la LOPJ será adecuada cuando ningún tribunal de un Estado miembro resulte competente sobre el litigio en aplicación de los foros del Reglamento, ni de acuerdo con el Convenio de La Haya de 1996. Solo en caso de que ninguno de los citados instrumentos opere, podrá activarse el Derecho interno y, en este caso, el artículo 22 *quater* de la LOPJ.

23. Como hemos indicado, la AP justifica su competencia en la LOPJ aludiendo a la residencia habitual de la madre -demandante- en España como criterio de atribución, contenido en dicho precepto de la norma española¹⁹.

24. Se trata, con todo, de un criterio cuya formulación excesivamente amplia ha recibido críticas por parte de la doctrina²⁰, a pesar de que sea la fórmula elegida por multitud de Estados miembros para determinar su propia competencia²¹.

V. La nueva regulación de los foros de competencia residual en el Reglamento (UE) 2019/1111

25. Aunque no sea de aplicación al presente caso procede aludir a la situación del citado foro de competencia residual en el Reglamento “Bruselas II-ter”, el Reglamento (UE) 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, aplicable a partir del 1 de agosto de 2022, derogando el Reglamento 2201/2003 con casi veinte años de exitosa vigencia.

26. En la última versión del Reglamento se ha optado por mantener la regla general de competencia judicial internacional, basada en la residencia habitual del menor. En la misma línea, el artículo 13 de la Propuesta²², finalmente plasmado en el artículo 14 del texto definitivo, recoge de manera idéntica la remisión a la legislación de los Estados miembros en todos aquellos casos en los que “de los artículos 7 a 11 no se deduce la competencia de ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro”.

¹⁸ A. LIMANTÉ & I. KUNDA, “Jurisdiction in...”, op. cit., p. 90.

¹⁹ Cuestión suscitada y resuelta de manera similar a otros tribunales europeos en casos análogos, vid. Sentencia del Tribunal Supremo del Reino Unido, UKSC -The Supreme Court of the United Kingdom-, de 9 de septiembre de 2013, [2013] UKSC 60, en la que la competencia de los tribunales británicos se justifica en la nacionalidad de un menor nacido en Pakistán pero con nacionalidad inglesa.

²⁰ M. VIRGÓS SORIANO y F.J. GARCIMARTÍN ALFÉREZ, *Derecho Procesal Civil Internacional, Litigación Internacional*, Aranzadi, 2007, p. 44.

²¹ A. NUYTS, *Study on residual jurisdiction (Review of the Member States’ Rules concerning the “Residual Jurisdiction” of their courts in Civil and Commercial Matters pursuant to the Brussels I and II Regulations)*, service contract with the European Commission jls/c4/2005/07-30-ce)0040309/00-37 general report (final version dated 3 September 2007), p. 152.

²² Propuesta de Reglamento del Consejo 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 (refundición), de 12 de diciembre de 2018, puede consultarse en: <https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-15401-2018-INIT/es/pdf>

27. La novedad en relación con este precepto, finalmente no adoptada, venía de la mano del considerando 19 de la Propuesta, en la que se incluía este artículo 13 entre los preceptos que determinaban la competencia de los tribunales de Estados miembros en virtud del Reglamento. De este modo, con efectos más simbólicos que prácticos²³, se reforzaba la apariencia de supremacía del Reglamento

28. El texto final, y próximamente vigente, mantiene el tenor de su predecesor, perpetuando una norma en la que el legislador europeo permite a los Estados miembros atribuirse competencia en relación con menores no residentes en Estados miembros en situaciones en las que -no dándose un supuesto de *prorrogatio fori*, sí contemplado por el Reglamento- existe un razonable vínculo con dichos Estados, como es el caso. No estamos, a nuestro juicio, ante una atribución de competencia exorbitante por parte del legislador español, en tanto en cuando la residencia habitual de los progenitores -al menos de la madre y demandante- se encuentran en territorio español, Estado en el que potencialmente podría recalar igualmente dicho menor.

29. Sobre el uso de este criterio de remisión del artículo 14 del Reglamento ya tendría ocasión de pronunciarse la doctrina en referencia a la versión anterior del Reglamento. En un pormenorizado estudio sobre la materia²⁴ el profesor Nuyts pone de manifiesto las divergencias entre diferentes ordenamientos entre los Estados miembros cuando se trata de atraer jurisdicción sobre menores no residentes en dichos Estados.

30. Concretamente, el citado estudio señala que en pura aplicación del Reglamento podrían quedar fuera menores que podrían tener su residencia habitual en otro Estado aún teniendo vínculos relevantes con un Estado miembro -como, por ejemplo, la nacionalidad-²⁵. Se crea por tanto una situación en la que se ponen en riesgo el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva. La principal motivación del Reglamento se asienta sobre la protección del menor, como sujeto vulnerable en litigios de las características presentes, y ella queda en cierto modo soslayada por la exclusión de menores no residentes en Estados miembros²⁶. La inclusión del artículo 14 vendría a corregir potencialmente estas situaciones "sujetando" la competencia a la legislación de cada Estado miembro²⁷.

31. Subyace en todo caso la duda de si debería ser el propio Reglamento el que atrajera a los Estados miembros competencia judicial internacional sobre menores no residentes en Estados miembros. Como señalan otros autores, la no existencia de un foro de necesidad expreso en el texto podría generar situaciones en las que no existiera un foro competente en absoluto²⁸, lo que sin duda colisiona con la tutela judicial efectiva a la que hemos hecho alusión, además de con la preservación del interés superior del menor. El profesor Nuyts, coincide con la necesidad de establecer un instrumento de "*forum necessitatis*" si bien considera que no quizá no sería conveniente establecer una regla general para estos supuestos en contra de la voluntad de los progenitores²⁹.

32. Como punto en contra de esta extensión expresa de la competencia, se ha planteado si la competencia judicial internacional de los tribunales europeos en estos supuestos no conduciría a reso-

²³ E. RODRÍGUEZ PINEAU, "La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo", *Revista Española de Derecho Internacional Privado*, vol. 69 (2017), p. 160.

²⁴ rA. NUYS, op. cit., pp. 152 y ss.

²⁵ Ibid. p. 153

²⁶ De esta opinión T.M. BOER, "What we should not expect from a recast of the Brussels IIbis Regulation", *Nederlands Internationaal Privaatrecht*, 33(1), p. 14. <http://nipronline.eu.proxy.uba.uva.nl:2048/pdf/2015-91.pdf>

²⁷ A. BERNARDO SAN JOSÉ, "Las normas...", op. cit., p. 1274.

²⁸ Ibid. p. 1276.

²⁹ A. NUYS, op. cit., p. 153: "it would probably not be appropriate to create a Community rule of residual jurisdiction that would, in respect of children having their habitual residence in a non-EU State, give a right to access to 382 Annex I to the Contract, Section I. Study on Residual Jurisdiction General Report – 3rd Version 6 July 2007 154 the courts of the Member State of the citizenship of the child (when the parents are in disagreement)."

luciones que no pudieran ser reconocidas fuera de la Unión Europea³⁰. Se tratad desde luego de una posibilidad, pero que en todo caso no puede servir de pretexto para eludir dar cobertura a situaciones que puedan generar perjuicios de mayor repercusión.

33. Con todo, así lo entendemos, el Reglamento en cualquiera de sus dos versiones parece ir en contra de una práctica extendida y pacíficamente aceptada en otros textos europeos omitiendo la inclusión de este foro de necesidad, de incuestionable relevancia en litigios en los que pueden verse afectados intereses particularmente vulnerables.

³⁰ T. M. BOER, op. cit. p. 14.