

# ANÁLISIS CRÍTICO E IMPLICACIONES PRÁCTICAS DE LA COMPETENCIA RESIDUAL DEL REGLAMENTO 2019/1111 EN MATERIA DE RESPONSABILIDAD PARENTAL

## CRITICAL ANALYSIS AND PRACTICAL IMPLICATIONS OF THE RESIDUAL JURISDICTION IN REGULATION 2019/1111 IN PARENTAL RESPONSIBILITY MATTERS

AURELIO LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ  
*Prof. Titular Derecho internacional privado  
Universidad de Alicante*

Recibido: 19.12.2021 / Aceptado: 12.01.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2022.6689>

**Resumen:** El presente trabajo se centra en el análisis de la competencia residual del art. 14 R. Bruselas II ter. En primer lugar, se analizan las dudas interpretativas que despierta la relación de la disposición con el CLH 1996 y con el art. 10 del Reglamento. A continuación, se explican las implicaciones prácticas que tiene, para España, la remisión a los foros de la LOPJ los cuales implican que, en muchas ocasiones, nuestros tribunales se declaren competentes en supuestos en los que el menor está escasamente vinculado con nuestro país y en los que la competencia no responde a su interés superior. Se defiende que esta jurisprudencia es contraria al principio de proximidad que, por la remisión del art. 14, debería regir su aplicación y al art. 2.1 LO 1996. Por último, se explican las ventajas que hubiera tenido la introducción de un *forum necessitatis* en esta materia en el R. Bruselas II ter.

**Palabras clave:** competencia judicial internacional, R. Bruselas II ter, competencia residual, foro de necesidad, LOPJ, interés superior del menor.

**Abstract:** The purpose of this work is to analyze the residual jurisdiction in art. 14 R. Brussels II ter. First, an explanation is provided of the uncertainties surrounding the relation of this provision with the Hague Convention 1996 and with the new art. 10 of the Regulation. Then, the practical implications that the residual jurisdiction have in the Spanish legal order are explained. Many times, our courts declare jurisdiction in accordance with our internal laws in cases where the connection of the minor with Spain is very weak, and where adjudication of jurisdiction does not respond to his/her best interests. This work argues that such case law is incompatible with the principle of proximity that informs these matters and with art. 2.1 of Spanish Law on Legal Protection of Minors. Finally, an analysis is made of the advantage that the introduction of *forum necessitatis* in the Regulation would have had.

**Keywords:** jurisdiction, Brussels II ter Regulation, residual jurisdiction, forum necessitatis, Spanish Organic Law of the Judiciary, best interests of the child.

**Sumario:** I. Introducción. II. Aclaraciones en relación con los supuestos en los que resulta aplicable el art. 14. 1. La relación entre el Art. 14 y el Convenio de La Haya de 1996. A) Ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1996. B) Problemas derivados del carácter incompleto de las normas sobre competencia judicial internacional del Convenio de La Haya de 1996. 2. La relación entre el Art. 14 y el nuevo Art. 10. A) Aplicación del art. 12 por parte de los tribunales españoles: la ausencia de referencias al interés superior del menor. B) Implicaciones de la supresión de la referencia a

los menores residentes en terceros Estados no parte del Convenio de La Haya de 1996. III. Implicaciones prácticas de la aplicación de la competencia residual por los tribunales españoles: ¿donde queda el interés superior del menor? IV. Una oportunidad desaprovechada: la conveniencia de sustituir la competencia residual por un foro de necesidad en materia de responsabilidad parental. V. Conclusiones.

## I. Introducción

1. Se entiende por instrumento de competencia judicial internacional incompleto aquel que no regula todos los supuestos en los que los tribunales de los Estados parte pueden declararse competentes para conocer de una situación privada internacional, sino que se remite, en algunos supuestos a las normas de jurisdicción establecidas en las leyes internas de los Estados parte. La evolución experimentada por el Derecho Internacional Privado (en adelante DIPr) europeo en la última década ha provocado que los reglamentos incompletos hayan pasado a ser una excepción. Efectivamente, en la actualidad, tan solo puede considerarse que contienen una regulación incompleta el Reglamento 1215/2012 (R. Bruselas I bis)<sup>1</sup>, en virtud de su art. 6; y el Reglamento 2201/2003 (en adelante R. Bruselas II bis)<sup>2</sup>, tanto en materia matrimonial (art. 7), como en materia de responsabilidad parental (art. 14).

En relación con estos reglamentos, se ha afirmado que su carácter incompleto puede implicar una denegación de justicia en litigios que presentan una vinculación con la Unión Europea, y que pueden poner en peligro la salvaguarda de objetivos que la UE considera fundamentales<sup>3</sup>. El establecimiento en los reglamentos UE de sistemas completos de competencia judicial internacional facilita la labor de las autoridades nacionales, favorece la seguridad jurídica y evita el *forum shopping*. Del mismo modo, supone la erradicación de los foros exorbitantes todavía existentes en muchos Estados miembros, incluido como veremos España. Resulta por ello llamativo que, en contraste con los instrumentos adoptados en los últimos años, la reforma del R. Bruselas II bis no haya conllevado una modificación en este sentido<sup>4</sup>. Efectivamente, con la salvedad de un cambio de numeración (el art 7 pasa a ser el 6)<sup>5</sup>, las competencias residuales se mantienen en el nuevo Reglamento 2019/1111 (en adelante Bruselas II ter)<sup>6</sup>, el cual será aplicable a partir del 1 agosto 2022<sup>7</sup>.

2. El presente trabajo pretende ofrecer algunas reflexiones sobre la idoneidad de mantener las competencias residuales en materia de responsabilidad parental y sus implicaciones prácticas. Y ello porque, aparte de las críticas generales que pueden realizarse en relación con las normas sobre jurisdicción incompletas, debe recordarse que, en esta materia, el reglamento convive con el Convenio de La Haya de 1996 sobre protección de internacional de menores (en adelante CLH 1996)<sup>8</sup>. La existencia de este instrumento afecta a la aplicación del art 14 y, además, exige determinar la relación entre ambos

<sup>1</sup> Reglamento 1215/2012 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2012, relativo a la competencia judicial, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia civil y mercantil, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2012/1215/oj>

<sup>2</sup> Reglamento 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 1347/2000, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2003/2201/oj>

<sup>3</sup> 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*, 2007, ap. 195 ss, disponible en [https://gavclaw.files.wordpress.com/2020/05/arnaud-nuyts-study\\_residual\\_jurisdiction\\_en.pdf](https://gavclaw.files.wordpress.com/2020/05/arnaud-nuyts-study_residual_jurisdiction_en.pdf).

<sup>4</sup> COMISIÓN EUROPEA, "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)", Doc COM(2016) 411 final.

<sup>5</sup> El nuevo art. 6 incluye en su párrafo 2 el art. 6 R. Bruselas II bis.

<sup>6</sup> Reglamento 2019/1111 del Consejo, de 25 de junio de 2019, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones en materia matrimonial y de responsabilidad parental, y sobre la sustracción internacional de menores, ELI: <http://data.europa.eu/eli/reg/2019/1111/oj>

<sup>7</sup> Art. 105.

<sup>8</sup> 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.

instrumentos, cuestión que se regula en el actual art 61, el cual plantea algunas dudas que no han sido completamente resueltas en el art 97 del nuevo reglamento. Esta circunstancia dificulta la labor de los órganos jurisdiccionales, lo cual puede perjudicar la consecución del objetivo último en esta materia: el interés superior del menor<sup>9</sup>. El análisis de la cuestión resulta igualmente interesante porque, si bien se afirma que, en el resto de Estados miembros, los supuestos en los que sus tribunales recurren a las competencias residuales son muy reducidos<sup>10</sup>, en el caso de España, la práctica judicial reciente confirma que el recurso a los foros de la Ley Orgánica 6/1985 del Poder Judicial (en adelante LOPJ)<sup>11</sup> es habitual<sup>12</sup>. Al respecto, la jurisprudencia pone de evidencia que el art. 22. quater d) se aplica generalmente de una manera mecánica por nuestros tribunales, sin prestar atención a si el menor presenta una vinculación con nuestro ordenamiento y si la declaración de competencia favorece la protección de su interés superior. A nuestro modo de ver, aunque la norma no lo establezca, el cumplimiento de estas dos condiciones está justificada por el principio de proximidad recogido en el R. Bruselas II bis/ter y por las exigencias del art. 2.1 Ley Orgánica 1/1996 de protección jurídica del menor (LO 1996)<sup>13</sup>.

## II. Aclaraciones en relación con los supuestos en los que resulta aplicable el art. 14.

3. Según explican G. Biagioni y B. Campuzano Diaz, la Comisión Europea adoptó una actitud conservadora a la hora de proponer modificaciones en las normas de competencia judicial internacional del R. Bruselas II bis<sup>14</sup>. Se pretendía evitar la apertura de negociaciones que pudieran resultar complejas y que, en vista de la necesidad de unanimidad en el Consejo para la adopción de instrumentos europeos en Derecho de familia, pudieran haber conducido a la falta de aprobación del Reglamento. De ahí, que la Comisión se decantara por el mantenimiento de los mismos foros de competencia en materia de responsabilidad parental, y que las reformas propuestas se limitaran a aquellas normas que habían suscitado dificultades interpretativas<sup>15</sup>.

4. Esta actitud conservadora puede explicar que el nuevo Reglamento no incluya disposiciones destinadas a resolver las dudas interpretativas que despierta el art. 14. La primera está referida a su relación con el CLH 1996. La segunda a la relación de la disposición con el nuevo art. 10. Si atendemos al nuevo art. 97, los foros de competencia del reglamento deberían aplicarse exclusivamente cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro. El art. 14 resultaría aplicable cuando el

<sup>9</sup> A. GRAMMATICAKI-ALEXIOU, “Best Interests of the Child in Private International Law”, en *RCADI*, vol. 412, 2020, 308 ss; J. J. VARA PARRA, “El interés superior del menor en los foros de competencia para las acciones de responsabilidad parental en el Reglamento (CE) núm. 2201/2003”, *REDI*, vol LVIII, 2006, pp. 797-820.

<sup>10</sup> R. BLAUWHOFF / L. FROHN, “Chapter 3. International Jurisdiction in Cases of Parental Responsibility”, en *Guide for Application of the Brussels Ibis Regulation*, 2018, p. 111, disponible en <https://www.asser.nl/projects-legal-advice/cross-border-proceedings-in-family-law-matters-2016-2018/guide-for-application-of-the-brussels-ibis-regulation/>

<sup>11</sup> ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1985/07/01/6/con>

<sup>12</sup> Señalan el aumento del número de supuestos en los que las autoridades españolas deben conocer de demandas sobre responsabilidad parental en las que el menor está domiciliado en un tercer Estado no parte del CLH 1996, M. HERRANZ BALLESTEROS, “Proyección de la competencia de las autoridades de los Estados miembros sobre menores residentes en terceros Estados: la experiencia española”, *RGDE*, 2020, num. 52, p. 2; A. DEL SER LOPEZ / D. CARRIZO AGUADO, “Reglas de competencia judicial internacional en materia de responsabilidad parental: análisis del foro de la residencia habitual del menor y estudio de la competencia residual”, *Revista Aranzadi Unión Europea*, num. 10, Octubre 2019, pp. 49-74, esp. 62. Contrariamente a lo que opinan C. ESPLUGUES MOTA / J. L. IGLESIAS BUHIGUES / G. PALAO MORENO (*Derecho internacional privado*, 15ª Ed, Valencia, Tirant lo Blanch, 2021, p. 431), esta jurisprudencia pone en evidencia que los foros del reglamento no dejan “sin virtualidad práctica a la regla del art. 22 quater d) LOPJ.

<sup>13</sup> ELI: <https://www.boe.es/eli/es/lo/1996/01/15/1/con>

<sup>14</sup> Al respecto, G. BIAGIONI, “Il nuovo regolamento (UE) 2019/1111 relativo alla competenza, al riconoscimento e all’esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale, e alla sottrazione internazionale”, *Rivista de Diritto Internazionale*, vol. 102, 2019, núm. 4, pp. 1169-1178, esp. 1169; B. CAMPUZANO DIAZ, “El nuevo Reglamento 2019/1111: análisis de las mejoras con el Convenio de la Conferencia de La Haya de 1996”, *CDT*, vol. 12, num. 1., pp. 97-117, esp. 98.

<sup>15</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, “El nuevo ...”, *op. cit.*, p. 99. En esta decisión debió pesar el fracaso que supuso la Propuesta de Reglamento del Consejo por el que se modifica el Reglamento (CE) nº 2201/2003 por lo que se refiere a la competencia y se introducen normas relativas a la ley aplicable en materia matrimonial, Doc COM(2006) 399 final.

menor no tuviera su residencia habitual ni en un Estado miembro ni en un Estado contratante del CLH 1996. El antiguo art. 12.4 introducía una excepción a esta regla. La supresión de este párrafo en el nuevo art. 10 despierta la duda de si esta excepción sigue vigente<sup>16</sup>.

## 1. La relación entre el Art. 14 y el Convenio de La Haya de 1996

5. Al igual que la disposición actual, el art. 14 del Bruselas II ter indica que, si de los foros de competencia del Reglamento “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 miembro”.

La disposición llama a confusión por cuanto puede invitar a un juez poco conocedor de la materia a acudir directamente a los foros de competencia de nuestra ley interna si prestar atención al CLH 1996<sup>17</sup>. Afortunadamente, en España ya contamos con suficiente jurisprudencia que establece la necesidad de aplicar este instrumento convencional con carácter preferente a la LOPJ. Para reafirmar esta interpretación, se introduce en el nuevo Reglamento el considerando 29 que indica que “el término leyes de dicho Estado miembro debe incluir los instrumentos internacionales que estén en vigor en dicho Estado miembro”<sup>18</sup>.

6. La precisión introducida en el considerando 29 no aclara, sin embargo, todos los problemas interpretativos que surgen en relación con el Art. 14. Y ello porque las competencias residuales sólo se van a aplicar cuando el CLH 1996 no resulte aplicable. Esta es una cuestión difícil de establecer por dos motivos: la inexistencia de una disposición que determine el ámbito de aplicación del Convenio; las dudas en relación con su carácter completo o incompleto.

### A) Ámbito de aplicación del Convenio de La Haya de 1996

7. En relación con el primer aspecto, debe recordarse que el Art. 61 a) R. Bruselas II bis (art. 97 a. R. Bruselas II ter) establece, de manera confusa<sup>19</sup>, el ámbito de aplicación del Reglamento: cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado miembro<sup>20</sup>. En cambio, en el CLH 1996 no se encuentra una disposición similar. Cuando se lleva a cabo un análisis desde la Unión Europea, esto puede llevar a pensar al aplicador del Derecho que el CLH 1996 se aplica en todas aquellas situaciones en las que no se

<sup>16</sup> Tampoco resulta clara la relación del art. 14 con el art. 16 que establece la competencia de los tribunales de los Estados miembros para conocer de cuestiones relativas a responsabilidad parental de manera incidental. En principio, y de acuerdo con el art. 97, al igual que el resto de foros del Reglamento serían aplicables cuando el menor tuviera su residencia en un Estado miembro. En caso contrario, resultaría aplicable el Art. 14. Ahora bien, al igual que ocurre con el art. 10, el art. 16 no vincula su aplicación a que el menor resida en un Estado miembro. Así, podría ocurrir que el tribunal de un Estado miembro conozca de una demanda principal (p. ej. una sucesión) en la que está involucrado un menor con residencia habitual en un tercer Estado, y que dicho tribunal tenga competencia para conocer de una cuestión incidental con base en el art. 16. La competencia residual del art. 14 no será aplicable aunque el menor no tenga su residencia habitual en un Estado miembro.

<sup>17</sup> 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*, 2014, num. 21, pp. 5-22.

<sup>18</sup> Esta remisión a los instrumentos internacionales también incluye al Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre Competencia de Autoridades y Ley Aplicable en Materia de Protección de Menores. No obstante, en la actualidad, todos sus Estados contratantes lo son también del CLH 1996 (art. 51) excepto Macao, único territorio de China para el que está en vigor el CLH 1961 (C. ESPLUGUES MOTA / J. L. IGLESIAS BUHIGUES / G. PALAO MORENO, *Derecho...*, op. cit. p. 432).

<sup>19</sup> Para A.-L. Calvo Caravaca y J. Carrascosa Gonzalez esta disposición provoca que la “confusión total, la incertidumbre jurídica y el caos absoluto reinan por todas partes” (A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Tratado de Derecho internacional privado*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2020, p. 2020).

<sup>20</sup> El nuevo art. 97 ha mejorado la regulación al incorporar un apartado 2 referido a los acuerdos de elección de foro en favor de los tribunales de Estados exclusivamente partes del CLH 1996; la transferencia de competencia a estos tribunales; y los supuestos de litispendencia en los que esté involucrado uno de estos tribunales. Sobre el particular, B. CAMPUZANO DIAZ, “El nuevo ...”, op. cit., p. 99; A. BERNARDO SAN JOSE, “Normas de competencia internacional en materia de responsabilidad parental en el Reglamento (UE) 2019/1111 del Consejo de 25 junio de 2019”, *CDT*, vol 12, num. 2., 2020, pp. 1243-1289.

aplica el R. Bruselas II bis/ter. De ser así, los foros de competencia de las leyes internas de los Estados contratantes no se aplicarían en ningún supuesto, por lo que el art. 14 quedaría vacío de contenido.

Coincido con la doctrina en que esta interpretación no es sostenible. Del art. 61 R. Bruselas II bis / art. 97 R. Bruselas II ter no puede extraerse que el CLH se aplica en todos los supuestos en los que no se aplique el Reglamento<sup>21</sup>. Esa disposición únicamente sirve para determinar la relación entre R. Bruselas II bis/ter y CLH 1996. De ella no se puede extraer el ámbito de aplicación del instrumento convencional. A mi modo de ver, el CLH 1996 será aplicable siempre que el menor no resida en un Estado miembro de la UE y el órgano judicial pueda resultar competente de acuerdo con uno de sus foros de competencia. Con carácter general este será el caso cuando el menor tenga su residencia habitual en un Estado parte exclusivamente del Convenio (es decir, que no sea Estado miembro de la Unión Europea), si bien deben tenerse en cuenta las reglas especiales previstas en los arts. 11 y 12 para la adopción de medidas de urgencia o provisionales para la protección de la persona o los bienes del menor.

## **B) Problemas derivados del carácter incompleto de las normas sobre competencia judicial internacional del Convenio de La Haya de 1996**

**8.** Cuestión diferente a la del ámbito de aplicación del CLH 1996 es la de su carácter completo o incompleto. No existe en el Convenio ninguna disposición que responda a esta cuestión de manera expresa. De tener un carácter completo, los foros de competencia prevista en las leyes internas de los Estados contratantes no podrían resultar aplicables, por lo que el Art. 14 sería superfluo. De entender que tiene carácter incompleto, el art. 14 cobraría toda su utilidad.

**9.** La doctrina se ha decantado por la segunda interpretación. Ello es así porque no existe ninguna norma en su articulado que obligue a los tribunales de los Estados contratantes a declararse de oficio incompetentes cuando su competencia no se deriva de ninguno de los foros previstos en el Convenio<sup>22</sup>. *Sensu contrario*, en estos supuestos, los tribunales nacionales pueden declararse competentes si así los establecen las normas de jurisdicción de producción interna.

Este carácter incompleto del Convenio viene ratificado en el *Informe explicativo* elaborado por P. Lagarde<sup>23</sup> que en el Ap. 39 indica:

*“El artículo 5 supone que el niño tiene su residencia habitual en un Estado contratante. En el caso contrario, el artículo 5 no es aplicable y las autoridades de los Estados contratantes no son competentes en virtud del Convenio más que sobre la base de otras disposiciones de éste (art. 11 y 12). Pero nada les impide declararse competentes, fuera del Convenio, sobre la base de las reglas de derecho internacional privado del Estado de las cuales dependen”*<sup>24</sup>.

En este sentido, se puede afirmar que la aplicación de los foros de competencia de las leyes internas se deriva, no sólo de la remisión del art. 14 R. Bruselas II bis/ter, sino también del carácter incompleto del CLH 1996.

## **2. La relación entre el Art. 14 y el nuevo Art. 10**

**10.** Una segunda fuente de problemas interpretativos que puede dificultar la labor del juez tiene que ver con la relación entre el art. 14 y el nuevo foro de la sumisión expresa recogido en el art. 10 R. Bru-

<sup>21</sup> M. HERRANZ BALLESTEROS, “Proyección...”, *op. cit.*, pp. 6-7.

<sup>22</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Tratado ...*, *op. cit.*, p. 2071.

<sup>23</sup> Disponible en <https://assets.hcch.net/docs/aa132b31-385d-4a66-b8d9-2d362053ed75.pdf>

<sup>24</sup> Ahora bien, de acuerdo con el art. 23.2.a) cuando el tribunal de origen se ha declarado competente en atención a un foro previsto en su legislación interna, el tribunal requerido puede controlar la competencia de dicho tribunal y, en su caso, denegar el reconocimiento de la decisión. Esta interpretación resulta confirmada en el ap. 84 del *Informe Lagarde*.

selas ter. Estos problemas se deben a la modificación que sufre la actual redacción del art. 12, en particular en su apartado 4, en lo que respecta a los menores residentes en terceros Estados no parte del CLH 1996.

11. En el actual texto del R. Bruselas II bis, el art. 61 indica que los foros de competencia de los arts. 8 a 13 resultan aplicables cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro. No obstante, el Art. 12 R. Bruselas II bis regula dos supuestos en los que los tribunales de un Estado miembro se pueden declarar competentes de acuerdo con el Reglamento en supuestos en los que el menor tiene su residencia habitual en un tercer Estado que no es parte del CLH 1996. Se trata del supuesto de acuerdo de las partes de someter la cuestión relativa a la responsabilidad parental a los tribunales del Estado miembro competentes con arreglo al art. 3 para conocer de un procedimiento de divorcio, separación judicial o nulidad matrimonial (art. 12.1); y de la elección de los tribunales que estén conociendo de procedimientos distintos a los anteriores (art. 12.3). En tales supuestos, el art. 12.4 establece expresamente que “se presumirá que la competencia basada en el presente artículo es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate”.

Parte de la doctrina ha sostenido que el art. 12.4 está en “palmaria contradicción” con el art. 61 a) R. Bruselas II bis<sup>25</sup>. Ciertamente, la relación entre ambas disposiciones es confusa y genera incertidumbre, pero no existe contradicción. Como se ha indicado anteriormente, la finalidad de la última disposición es, exclusivamente, la de regular la relación entre el Reglamento y el CLH 1996, pero no impide que los foros de competencia del Reglamento puedan aplicarse cuando el menor tiene su residencia habitual en un tercer Estado<sup>26</sup>. De hecho, interpretar que los foros de competencia del Reglamento únicamente son aplicables cuando el menor reside en un Estado miembro vaciaría de contenido el art. 14 pues siempre habría un tribunal competente que impediría el recurso a la competencia residual<sup>27</sup>.

Además, la doctrina ha señalado los beneficios que comporta el art. 12.4 R. Bruselas II bis, el cual actúa como un foro de necesidad<sup>28</sup>. Efectivamente, en aquellos supuestos en los que el menor no tiene su residencia habitual en un Estado contratante del CLH 1996, la disposición atribuye la competencia a las autoridades de un Estado miembro con el que el menor presenta una vinculación estrecha, siempre que exista acuerdo entre las partes, y cuando la asunción de competencia responde a su interés superior. El paralelismo con los foros de necesidad previstos en otros reglamentos resulta más palpable, si cabe, por la presunción según la cual la asunción de competencia por los tribunales de un Estado miembro reúne este último requisito “cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate”.

### A) Aplicación del art. 12 por parte de los tribunales españoles: la ausencia de referencias al interés superior del menor

12. Resulta posible encontrar en nuestra jurisprudencia reciente sentencias en las que se pone de manifiesto la utilidad de este foro de competencia.

Así, en supuestos vinculados a procedimiento de crisis matrimoniales cabe citar la SAP Barcelona de 8 enero 2015<sup>29</sup>, la SAP León de 6 de septiembre 2017<sup>30</sup> y la SAP Granada 14 junio 2021<sup>31</sup>. La primera trata sobre la disolución de un matrimonio de nacionales chinos con residencia en España con

<sup>25</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Tratado...*, *op. cit.* p. 2020; A. DEL SER LOPEZ / D. CARRIZO AGUADO, “Reglas de competencia ...”, *op. cit.*, pp. 61-62.

<sup>26</sup> M. HERRANZ BALLESTEROS, “Proyección...”, *op. cit.*, pp. 6-7

<sup>27</sup> A. BERNARDO SAN JOSE, “Normas de competencia ...”, *op. cit.*, p. 1256.

<sup>28</sup> E. RODRIGUEZ PINEAU, “El nuevo reglamento comunitario sobre litigios matrimoniales y responsabilidad parental”, *La Ley-Actualidad*, num. 5944, 2004, pp. 1721-1731.

<sup>29</sup> ECLI:ES:APB:2015:164

<sup>30</sup> ECLI:ES:APLE:2017:857

<sup>31</sup> ECLI:ES:APGR:2021:965

tres hijos menores residiendo con ellos, y otro en China con sus abuelos. La demanda es presentada por la madre quien, de manera adicional al divorcio, solicita la atribución del derecho de custodia sobre todos los menores, un derecho de visita en favor del padre, y un derecho de alimentos en favor de los hijos. La Audiencia confirma la competencia del tribunal de primera instancia en atención al art. 12.1 por cuanto consta el acuerdo del padre. La segunda decisión se refiere a una demanda de divorcio de españoles residentes en España que tienen un hijo residiendo con su abuela en Senegal. El convenio regulador contiene pronunciamientos sobre el derecho de custodia y de visita del menor. El tribunal resulta competente en aplicación de la misma disposición. La tercera resolución está referida a una demanda de divorcio presentada de mutuo acuerdo por dos españoles residentes en Chile, donde también vive el hijo menor. Habiéndose declarado competente para conocer de la disolución del matrimonio (art. 3 b. R. Bruselas II bis), también se considera tal para conocer de los pronunciamientos sobre guarda y custodia contenidos en el convenio regulador (art. 12.1).

Por su parte, en procedimientos distintos a los de crisis matrimoniales, el art. 12.3 también ha sido aplicado por nuestros tribunales en diversas ocasiones. Cabe citar el AAP Barcelona de 16 octubre 2019<sup>32</sup>, referido a una demanda interpuesta por una mujer boliviana residente en España en la que solicita se le conceda el ejercicio exclusivo de la patria potestad en relación con su hijo, residente en Bolivia. El demandado, boliviano residente en España, contesta a la demanda y acepta la competencia por lo que se determina que el tribunal español resulta competente en atención al art. 12.3. También se aplica esta disposición en la SAP Barcelona 1 julio 2019<sup>33</sup>, relativa a unas medidas de guarda y custodia solicitadas por una madre residente en España en relación con su hijo, residente en Bolivia con su padre, quien acepta la competencia de nuestros tribunales. Una última resolución reseñable es el AAP Barcelona 28 enero 2021<sup>34</sup>, en el que la Audiencia revoca la declaración de incompetencia del tribunal de primera instancia y se le insta a esperar a que la madre (residente en EEUU junto al hijo) comparezca para, así, determinar si aceptaba la competencia del tribunal tal y como establece el art. 12.3.

**13.** Resulta criticable de estas sentencias que la mayoría carezca de un análisis de la condición prevista en el art. 12.1 apartado b) y 12.3 apartado b) para que nuestros tribunales puedan declararse competentes: que la competencia responda al interés superior del menor<sup>35</sup>. De todas las sentencias citadas, solo dos incluyen algún pronunciamiento sobre esta cuestión.

Así, el AAP Barcelona de 16 octubre 2019 indica que la prórroga de competencia en favor de los tribunales españoles resultaba favorable a la menor, “en tanto que se pedía la atribución en exclusiva del ejercicio de la potestad parental para la tramitación del pasaporte español, que la madre tenía facilidad para plantear la demanda en España y que el padre había aceptado la competencia”.

La segunda decisión es la muy acertada SAP León 6 de septiembre de 2017. Aunque se equivoca al enunciar la presunción del art. 12.4 (indica que se presume el interés superior del menor por el simple hecho de que reside en un Estado no parte del CLH 1996) el tribunal argumenta, acertadamente, que la asunción de competencia favorece la consecución de este objetivo porque los padres son nacionales y residen habitualmente en España, “y también porque al ser ambos titulares de la patria potestad han de asumir obligaciones y responsabilidades que se podrían exigir desde el Estado de su residencia y nacionalidad, sin que el menor se vea privado de la protección que le puedan dispensar los tribunales del territorio del Estado en el que resida”.

Desafortunadamente, el resto de decisiones aplican el art. 12 de manera muy mecánica, sin entrar a realizar un mínimo análisis sobre si la prórroga de la competencia responde al interés superior del menor.

<sup>32</sup> ECLI:ES:APB:2019:7771A

<sup>33</sup> ECLI:ES:APGR:2021:965

<sup>34</sup> ECLI:ES:APB:2021:259A

<sup>35</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, “Acuerdos de elección de foro en materia de responsabilidad parental: un análisis del artículo 10 del reglamento 2019/1111”, *REEI*, 2020, num. 40, pp. 1-35, esp. p. 28.

## B) Implicaciones de la supresión de la referencia a los menores residentes en terceros Estados no parte del Convenio de La Haya de 1996

14. Como es conocido, el art. 10 R. Bruselas II bis facilita la elección de foro al eliminar la diferenciación entre los dos supuestos existentes en el actual art. 12, e incorpora la jurisprudencia existente sobre la disposición para aclarar las dudas interpretativas que pudieran existir. El resultado es un precepto muy renovado<sup>36</sup>.

Llama la atención que la nueva disposición suprima la referencia a los menores residentes en terceros Estados que no son parte del CLH 1996 que actualmente existe en el apartado 4 del art. 12 y que, en un primer momento, se había introducido en el art. 10.6 de la Propuesta de Reglamento presentada por la Comisión<sup>37</sup>. Esta supresión genera dudas interpretativas: ¿debe entenderse que el nuevo art. 10 únicamente es aplicable cuando el menor tiene su residencia habitual en un Estado miembro, o también, como ocurre con el texto actual, cuando el menor reside en un tercer Estado no parte del CLH 1996?<sup>38</sup>

Son varios los autores que han criticado el art. 12.4 por no está en sintonía con el principio de proximidad que informa las normas de jurisdicción del Reglamento, según el cual los tribunales mejor situados para garantizar el interés superior del menor son los del Estado miembro de residencia del menor<sup>39</sup>. La disposición implica expandir demasiado la jurisdicción de los tribunales europeos, en particular en los supuestos del apartado primero, por cuanto no se exige ningún tipo de vinculación de la situación con el Estado del foro. Con ello no se favorece la tutela de las partes, al resultar complicado el reconocimiento de la decisión en terceros Estados<sup>40</sup>. Esto puede ocurrir, en particular, cuando se trata de dos nacionales de Estados miembros, que residan en un tercer Estado junto a un hijo menor<sup>41</sup>. En atención a estos argumentos, podría defenderse que la supresión del apartado 4 en la nueva disposición es intencionada<sup>42</sup>. De hecho esta era la solución que se establecía en el art. 3.2 del antiguo Reglamento 1347/2000<sup>43</sup> y del Convenio de Bruselas II, con la finalidad de facilitar la compatibilidad de este instrumento con el Convenio de La Haya de 1996<sup>44</sup>.

15. A pesar de estos argumentos, la doctrina mayoritaria entiende que la supresión del art. 12.4 no impide que se pueda llevar a cabo una elección de foro de acuerdo con el nuevo art. 10 cuando el menor reside en un tercer Estado<sup>45</sup>. Coincido con B. Campuzano Diaz en que, viendo el antecedente legislativo más próximo, la interpretación contraria no tendría mucho sentido<sup>46</sup>. También estoy de acuerdo con M. Herranz Ballesteros para quien la ausencia de referencia a una conexión territorial o vinculación del menor con un Estado miembro implica que la disposición se aplica en todos los casos<sup>47</sup>. La interpretación

<sup>36</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, “Acuerdos de elección...”, *op. cit.* p. 6.

<sup>37</sup> E. RODRIGUEZ PINEAU, “La refundición del Reglamento Bruselas II bis: de nuevo sobre la función del Derecho internacional privado europeo”, *REDI*, Vol. 69, num. 1, 2017, pp. 139-165.

<sup>38</sup> En el mismo sentido, R. ARENAS GARCIA, “El nuevo Reglamento (UE) 2019/1111 en materia matrimonial, responsabilidad parental y sustracción internacional de menores”, *La Ley Derecho de Familia*, num. 26, 2020; B. CAMPUZANO DIAZ, “Acuerdos de elección...”, *op. cit.*, p. 34.; A. BERNARDO SAN JOSE, “Normas de competencia...”, *op. cit.*, p. 1273.

<sup>39</sup> Considerando 20.

<sup>40</sup> E. RODRIGUEZ PINEAU, “El nuevo reglamento...”, *op. cit.*, p. 160; M. HERRANZ BALLESTEROS, “Proyección...”, *op. cit.*, p. 8.

<sup>41</sup> E. RODRIGUEZ PINEAU, “El nuevo reglamento...”, *op. cit.*, p. 1721.

<sup>42</sup> Para Th. M. De BOER, la prórroga de competencia a los tribunales de un Estado miembro sólo debería ser posible cuando el menor residiera en otro Estado miembro “What we should not expect from a recast of the Brussels II bis Regulation”, *Netherlands Internationaal Privaatrecht (NiPR)*, 2015, num. 1., pp. 10-19, esp. 14.

<sup>43</sup> Reglamento (CE) n° 1347/2000 del Consejo, de 29 de mayo de 2000, relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental sobre los hijos comunes. (DOCE L 160, de 30 de junio de 2000)

<sup>44</sup> Ap. 36 del Informe explicativo del Convenio celebrado con arreglo al artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, sobre la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial preparado por la profesora Dra. ALEGRIA BORRÁS (DOCE C 221, 16 julio 1998, p. 27 y ss).

<sup>45</sup> R. ARENAS GARCIA, “El nuevo Reglamento...”, *op. cit.*, p. 3.

<sup>46</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, “Acuerdos de elección...”, *op. cit.* p. 34.

<sup>47</sup> M. HERRANZ BALLESTEROS, “El Reglamento (UE) 2019/1111 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 (versión refundida): principales novedades”, *REDI*, vol 73-2, 2021, pp. 229-260, esp. 237.

contraria conllevaría que el art. 10 perdiera su valor como foro de necesidad que, como se ha explicado, a nuestro modo de ver es un factor importante que debe resaltarse en relación con el actual art. 12.4<sup>48</sup>.

Cierto es que la asunción de competencia en estos supuestos puede no estar en sintonía con el principio rector del Reglamento. Pero, como ha sostenido la doctrina, ello no significa que el interés superior del menor no pueda quedar salvaguardado en supuestos en los que la competencia se atribuye a tribunales diferentes de los de su residencia habitual. Esta circunstancia se da, por ejemplo, en supuestos de elección de foro<sup>49</sup>.

Además, los problemas puestos de manifiesto por la doctrina desaparecen con la nueva redacción del art. 10 por cuanto la vinculación estrecha del litigio con el tribunal designado por el acuerdo pasa a exigirse en todos los supuestos. En cualquier caso, no hubiera estado de más preservar el art. 12.4 para evitar dudas interpretativas.

Por último, cabe reseñar que la eliminación del art. 12.4 en el nuevo art. 10 también implica la supresión de la presunción según la cual la elección de foro responde al interés superior del menor cuando la iniciación de un procedimiento “resulte imposible en el tercer Estado de que se trate”<sup>50</sup>. Ello implica que, con el nuevo Reglamento, el tribunal deberá justificar que la declaración de competencia responde al interés superior del menor en todos los supuestos<sup>51</sup>, circunstancia que, como se ha explicado no se refleja en nuestra jurisprudencia.

### III. Implicaciones prácticas de la aplicación de la competencia residual por los tribunales españoles: ¿donde queda el interés superior del menor?

**16.** De acuerdo con lo que se ha analizado en las secciones anteriores, la autoridad debe acudir a los foros de competencia de las leyes internas, por la remisión prevista en el art. 14 R. Bruselas II bis/ter, cuando ningún tribunal de un estado miembro pueda declararse competente de acuerdo con los foros de competencia del Reglamento o del CLH 1996.

Teniendo en cuenta el Art. 12 (art. 10 R. Bruselas II ter), debe recordarse que estos foros no se van a aplicar cuando existe un acuerdo de elección de foro entre los padres o cualquier otro titular de la responsabilidad parental<sup>52</sup>.

**17.** En el caso de España, esta remisión a las leyes internas se encuentra con un primer problema por el hecho de que los foros de competencia en la materia previstos en la LOPJ conviven con el Art. 32 de la Ley 54/2007 de adopción internacional (en adelante LAI)<sup>53</sup>, titulado “Competencia para la constitución de otras medidas de protección de menores”.

El criterio *lex specialis* debería llevar a la aplicación de esta última disposición. No obstante, en ella no se contienen foros de competencia, sino una indicación de la prelación de fuentes en esta materia.

<sup>48</sup> Estos beneficios del art. 10 también ha llevado a parte de la doctrina a proponer su aplicación en supuestos en los que el menor tiene su residencia habitual en Estados exclusivamente parte del CLH 1996 (véase, por ejemplo, A. BERNARDO SAN JOSE, “Normas de competencia...”, *op. cit.*, p. 1273). Esta propuesta se justifica en que la elección de foro en el CLH está limitada a los tribunales que conocen de un procedimiento de crisis matrimonial (art. 10). Puede entender que ello conlleva un trato diferenciado de menores residentes en Estados parte de CLH que podría considerarse menos beneficioso que el que reciben los residentes en terceros Estados. No obstante, a mi modo de ver, tal interpretación no es compatible con el CLH por cuanto se estaría aplicando el R. Bruselas II ter en situaciones que entran dentro del ámbito de aplicación del Convenio y que, por tanto, exigen la aplicación de sus foros de competencia para no incurrir en un incumplimiento del convenio.

<sup>49</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, “Acuerdos de elección...”, *op. cit.* p. 11; L. CARRILLO POZO, “El Reglamento Bruselas II ter y el interés del menor: elementos para un debate”, *Bitacora Millenium*, num. 14, 2021, esp. 5.

<sup>50</sup> R. ARENAS GARCIA, “El nuevo Reglamento...”, *op. cit.*, p. 3. En cambio, A. BERNARDO SAN JOSE (“Normas de competencia...”, *op. cit.*, p. 1273) opina que habría sido oportuno dejar la presunción.

<sup>51</sup> Como explica L. Carpaneto, el texto actual exime al juez de realizar esta valoración cuando se da el supuesto del art. 12.4 (L. CARPANETO, “La ricerca du una (nuova) sintesi tra interesse superiore del minore in astratto e in concreto: nella riforma del Regolamento Bruxelles-II bis”, *RDIPP*, 2018, num. 4, pp. 962 ss).

<sup>52</sup> A. BERNARDO SAN JOSE, “Normas de competencia...”, *op. cit.*, p. 1275.

<sup>53</sup> ELI: <https://www.boe.es/eli/es/l/2007/12/28/54/con>

La norma está destinada a cumplir una “simple función didáctica”<sup>54</sup>. Pero cumple con este papel de manera defectuosa por cuanto no se refiere a los foros de la LOPJ, generando dudas sobre su aplicación<sup>55</sup>. Afortunadamente, estos defectos de la disposición no han tenido consecuencias prácticas. De hecho, nuestros tribunales no aplican esta disposición. A la hora de citar la prelación de fuentes en esta materia, generalmente, se refieren al art. 21 LOPJ. Es el caso, por ejemplo, de la SAP León de 6 septiembre 2017<sup>56</sup> o del AAP Barcelona 11 abril 2019<sup>57</sup>.

**18.** Descartado por tanto el art. 32 LAI, los foros de competencia en materia de protección de menores se contienen en nuestra norma general en materia de competencia judicial internacional, la LOPJ. Si bien se presta especial atención a los foros especiales contenidos en el art. 22. quater. d), en realidad nuestros tribunales también pueden declarar su competencia para la adopción de medidas de protección de menores en atención a otros foros previstos en la LOPJ<sup>58</sup>.

En primer lugar, el foro general del domicilio del demandado (art. 22.ter) el cual, en muchas sentencias, se cita como aplicable subsidiariamente para el caso de que el demandado no aceptara la competencia de los tribunales españoles (en cuyo caso se aplicaría el art. 12.3). Puede citarse como ejemplo el AAP Barcelona 11 abril de 2019<sup>59</sup>, relativo a un asunto en el que los padres litigan sobre la obtención del DNI de su hija española residente con su madre en Brasil. En la medida en que Brasil no es parte del CLH 1996, la Audiencia indica que el tribunal de instancia podría declararse competente por el art. 12.3 si se confirma la aceptación de la competencia por parte del marido, o por el art. 22.ter por cuanto reside habitualmente en España. Otra decisión en este sentido es la SAP Valencia 10 octubre 2020, relativa al establecimiento del régimen de guarda y custodia de un menor que reside en Colombia con sus abuelos, pero cuyos padres residen en nuestro país.

En segundo lugar, puede resultar aplicable el foro previsto en el art. 22 sexies para la adopción de medidas provisionales o de aseguramiento respecto de personas o bienes que se hallen en territorio español y deban cumplirse en España. El foro conserva su aplicabilidad cuando el menor en cuestión no reside habitualmente en un Estado miembro y si, además, ninguno de los foros de competencia del CLH 1996 atribuyen la competencia a los tribunales españoles<sup>60</sup>.

En tercer lugar, el foro de necesidad previsto en el apartado 3 del art. 22 nonies que indica que “los tribunales españoles no podrán abstenerse o declinar su competencia cuando el supuesto litigioso presente vinculación con España y los Tribunales de los distintos Estados conectados con el supuesto hayan declinado su competencia”<sup>61</sup>.

**19.** La norma utilizada con mayor asiduidad por los tribunales españoles para declararse competentes en estos litigios es el art. 22 quater d) y, en particular, el foro de la nacionalidad española o residencia habitual en España del demandante<sup>62</sup>. Tal es el caso del AAP Tarragona 25 enero 2017<sup>63</sup>, relativa a

<sup>54</sup> F. GARAU SOBRINO, “Notas sobre la colisión de fuentes de Derecho internacional privado sobre responsabilidad parental y protección del niño”, *CDT*, 2011, pp. 282–289.

<sup>55</sup> A. LOPEZ-TARRUELLA MARTINEZ, “La ley aplicable a la adopción internacional y la competencia judicial en materia de medidas de protección del menor tras las modificaciones introducidas por la Ley 26/2015”, *AEDIPr*, t-XVI, 2016, pp. 375-393.

<sup>56</sup> ECLI:ES:APLE:2017:857

<sup>57</sup> ECLI:ES:APB:2019:1966A

<sup>58</sup> No parece aplicable, aunque en alguna resolución se mencione, el foro de la sumisión tácita. Es el caso de la SAP Barcelona 13 enero 2017 (ECLI:ES:APB:2017:2680) relativa a una demanda de guarda y custodia presentada por mujer ecuatoriana residente en España contra su marido residente en Perú, país donde también reside el menor. El tribunal señala la posibilidad de declararse competente por sumisión tácita (antiguo art. 22.2 LOPJ) por cuanto el marido no impugna la competencia, si bien a continuación señala la aplicación de los foros de competencia previstos en el art. 22.3.

<sup>59</sup> ECLI:ES:APB:2019:1966A

<sup>60</sup> C. ESPLUGUES MOTA / J. L. IGLESIAS BUHIGUES / G. PALAO MORENO, *Derecho...*, op. cit. p. 432; A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Tratado...*, op. cit. p. 2075.

<sup>61</sup> M. HERRANZ BALLESTEROS, “Proyección...”, op. cit., p. 12.

<sup>62</sup> Es habitual que la jurisprudencia se refiera al inciso final de la disposición (“o, en todo caso, al menos desde seis meses antes de la presentación de la demanda”) como “incomprensible y [carente] de sentido”. Es el caso de la SAP Barcelona de 5 noviembre de 2019 o de la SAP de León de 18 julio 2018.

<sup>63</sup> ECLI:ES:APT:2017:156A

una demanda de guarda y custodia de un menor español que vive con su madre en Rusia presentada por el padre, residente en España. El tribunal se declara competente en base a la residencia en España del demandante (antiguo art. 22.3 LOPJ). Otra sentencia en este sentido es la SAP de León de 18 julio 2018<sup>64</sup>, relativa a una demanda de divorcio solicitada ante tribunal español por dos pakistaníes con residencia habitual en España, pero cuyo hijo reside en Pakistán con sus abuelos maternos. Junto con la disolución la madre solicita la guarda del menor y el derecho de visita a favor del padre. Al no existir acuerdo, la competencia corresponde a los tribunales españoles por el art. 22 quater d) LOPJ por cuanto la madre demandante residía en España (también podría haberlo hecho por el art. 22 ter). La SAP Barcelona de 5 noviembre de 2019<sup>65</sup> esta referida a la demanda presentada por un padre residente en España que solicita un derecho de visita en relación con sus hijos que residen junto a su madre en La India. El tribunal se declara competente por el art. 22 quater d). También de la Audiencia provincial de Barcelona es la sentencia de 2 noviembre 2020<sup>66</sup>, que parte de un supuesto diferente por cuanto el procedimiento se celebra en rebeldía del demandado. La esposa, residente en España, solicita la guarda y custodia, además del ejercicio de la patria potestad, de un menor residente en Bolivia con sus abuelos. El tribunal, de nuevo, es competentes por el art. 22 quater d).

**20.** En relación con esta disposición la doctrina ha afirmado que recoge “un foro extremadamente amplio que permite a los tribunales españoles conocer, incluso en casos escasamente vinculados con España”<sup>67</sup>; o, directamente, que se trata de un foro exorbitante<sup>68</sup>. En opinión de J. C. Fernandez Rozas y S. Sanchez Lorenzo, “[c]arece de justificación que los tribunales españoles se declaren competentes por el simple hecho de que el demandante sea español o resida en España desde el punto de vista del interés superior del menor”<sup>69</sup>.

La crítica nos parece acertada. En la medida en que los foros de la LOPJ resultan aplicables por remisión del art. 14 R. Bruselas II bis/ter, su aplicación debería de estar informada por el principio de proximidad. Como se ha explicado anteriormente, este principio también informa las excepciones al foro general de la residencia habitual del menor, como es la elección de foro del art 10<sup>o</sup>. De ahí que la disposición exija que el menor esté estrechamente vinculado con el Estado miembro de los tribunales elegidos, y que la competencia responda a su interés superior.

Pues bien, en la medida en que los foros de la LOPJ resultan aplicables por remisión del propio Reglamento (art. 14), aunque la redacción del art. 22 quater d) no responda al principio de proximidad, a la hora de su aplicación los tribunales deberían controlar que sólo se declaren competentes en supuestos en los que el menor está estrechamente vinculado con nuestro país, y que la declaración de competencia favorece su interés superior.

Al respecto, debe recordarse que el art. 2.1 LO 1996 indica que en la aplicación de cualquier ley que les afecten primará el interés superior del menor “sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir”. La *Observación General n.º 14 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas*<sup>71</sup> establece que el interés superior del menor es un concepto triple: un derecho sustantivo, un principio jurídico interpretativo y una norma de procedimiento. La segunda acepción obliga a las autoridades competentes a adoptar la interpretación de la norma que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño. La tercera, a que siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño, el proceso de adopción incluya una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de

<sup>64</sup> ECLI:ES:APLE:2018:841

<sup>65</sup> ECLI:ES:APB:2019:13078

<sup>66</sup> Puede encontrarse un comentario en X. OBERGOZO MIGUEL, “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 2020)”, *CDT*, vol 13, num. 2, pp. 848-854.

<sup>67</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Tratado...*, op. cit. p. 2075.

<sup>68</sup> J. C. FERNANDEZ ROZAS/ S. SANCHEZ LORENZO, *Derecho internacional privado*, 11ª ed, Madrid, Civitas, 2020, p. 414.

<sup>69</sup> *Ídem*.

<sup>70</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, “Acuerdos de elección...”, op. cit. p. 11; L. CARRILLO POZO, “El Reglamento Bruselas II ter ...”, op. cit., p. 24.

<sup>71</sup> Observación General n.º 14 (2013) del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas (CRC/GC/2013/14)

la decisión en el niño. Además, la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho<sup>72</sup>.

**21.** Desafortunadamente, las sentencias anteriormente citadas carecen de razonamientos alrededor de estas cuestiones. En su mayoría se limitan a aplicar de manera mecánica los foros de competencia de la LOPJ (en particular, el art. 22 quater d), sin pararse a analizar si la situación realmente presenta alguna conexión con el ordenamiento español, o si la declaración de competencia beneficia el interés superior del menor. En relación con el segundo requisito, cuando se hace referencia al mismo (que no es en todos los casos) no se indican las razones por las que es así. Parece darse por sentado que entrar a conocer del litigio en detrimento de los tribunales del tercer Estado donde reside el menor resulta más beneficioso para este último.

Existe alguna excepción honrosa. A las sentencias ya citadas al analizar el cumplimiento de este requisito en el art. 12, debe añadirse el AAP Barcelona de 11 abril 2019. Si bien el tribunal no determina exactamente por qué foro puede declararse competente, indica que “la competencia de los tribunales españoles se ajusta además al interés de la menor de nacionalidad española en tanto la petición tiene por objeto la tramitación del DNI y pasaporte español, la madre tiene facilidad para plantear la demanda en España y el padre tiene mayor facilidad para litigar en España lo que favorece una pronta resolución”.

**22.** Esta ausencia de referencia al interés superior del menor a la hora de declararse competentes, contrasta con la alusión que en algunas sentencias se realiza a este objetivo como argumento de fondo para desestimar la demanda. Así, en la ya citada SAP Barcelona de 13 enero 2017, una vez asumida la competencia en atención al antiguo art. 22.3, el tribunal desestima la demanda pues “se considera que el interés de la menor se concreta asimismo en gozar de estabilidad y ello podría frustrarse si se concediera la custodia a la madre que hace varios años que no convive con ella”. Un segundo ejemplo lo encontramos en la SAP Barcelona 1 julio 2019, en la que tras declararse competente para conocer de una solicitud de medidas de guarda y custodia relativas a un menor residente con su padre en Bolivia, el tribunal desestima la demanda por considerar que “en beneficio de la menor, ésta debía permanecer en Bolivia”.

El resultado alcanzado resulta encomiable, pero hubiera resultado preferible, en ambos supuestos, por razones de economía procesal, que los requisitos de vinculación e interés superior del menor se tomaran en consideración a la hora de aplicar los foros de la LOPJ y que los tribunales no se hubieran declarado competentes.

**23.** De acuerdo con lo dicho, a pesar de la existencia del art. 2 LO 1996, el respeto del principio de legalidad que informa nuestras normas de competencia judicial internacional pesa mucho, y lleva a los jueces a declararse competente siempre que así lo indique un foro de la LOPJ, sin entrar a valorar si, en el caso concreto, es lo más apropiado para el interés superior del menor. Existen, sin embargo, dos brillantes resoluciones que rompen esta regla por cuanto, a pesar de la existencia del art. 22 quater d), los tribunales se inhiben de conocer del litigio.

La primera es el AAP Valencia de 10 abril 2019<sup>73</sup> relativa a un proceso de divorcio iniciado por una mujer española contra su marido también español. Ambos son residentes en Australia donde también vive su hijo. La mujer solicita, además del divorcio, mantener la patria potestad compartida de su hijo y acordar la guarda materna. Cabe citar que la demanda viene precedida de una condena por secuestro internacional del hijo común presentada contra la madre en España. La Audiencia declara que el tribunal de instancia resultaba competente para conocer del divorcio (art. 3 b R. Bruselas II bis) pero, al haber el marido presentado declinatoria, no puede entenderse que existiera acuerdo para atribuir a este tribunal la competencia sobre las cuestiones de responsabilidad parental de acuerdo con el art. 12.1. El tribunal se olvida de citar el art. 22 quater d) LOPJ que le hubiera otorgado competencia por cuanto la demandante reside en España.

<sup>72</sup> A. GRAMMATICAKI-ALEXIOU, “Best Interests ...”, *op. cit.*, pp. 294-296; A. BERNARDO SAN JOSE, “Normas de competencia...”, *op. cit.*, p. 1258.

<sup>73</sup> ECLI:ES:APV:2019:1513A

La segunda es el AAP Barcelona de 4 de octubre 2018<sup>74</sup> relativa a una solicitud de guarda y custodia solicitada por una mujer venezolana residente en España en relación con su hijo menor, residente en Venezuela junto a su padre. Este último disfrutaba de la guarda y custodia de la menor en base a una sentencia venezolana cuyo reconocimiento en nuestro país no consta. Aunque el tribunal cita el art. 22 quater, acaba concluyendo: “Así las cosas, no correspondiendo a los Tribunales españoles resolver sobre lo que ya ha resuelto el Tribunal del lugar en el que siempre ha residido el niño, ni que ejerzan censura o crítica sobre las decisiones de los Tribunales del país en que reside el niño, por no ser del agrado de la madre que allí no reside, ni que se arroguen la capacidad de tomar decisiones al margen de las ya adoptadas y en base a cuestiones socio-económicas de dos territorios que ostentan soberanía nacional y que determinaron que la madre emigrara a otro país pero el padre quedara en el origen y residencia del menor, no procede modificar la resolución recurrida que es plenamente acorde con la legislación aplicable, debiendo la madre instar lo que considere conveniente ante los tribunales de su país de origen, que es también el país de residencia del hijo y de su padre”.

Ambas decisiones son acertadas, pero no encuentran sustento en el art. 22 quater d), disposición que debería haber obligado a los tribunales a declararse competentes. Como decimos, lo correcto hubiera sido citar la disposición y descartar su aplicación con base en el art. 2 LO 1996, por cuanto el menor presenta una vinculación escasa con el ordenamiento español, y la atribución de competencia no responde al interés superior del menor.

**24.** En fin, la aplicación mecánica del art. 22 quater d) sin analizar si existe vinculación con el ordenamiento español y si se garantiza el interés superior del menor está llevando, además, a dinamitar la utilidad CLH 1996 y a cuestionar su razón de ser.

La jurisprudencia analizada pone de manifiesto que resulta más fácil que los tribunales españoles se declaren competentes para conocer una medida en materia de responsabilidad parental (y, probablemente de la obligación de alimentos accesoria por aplicación del art. 3 d) R. Alimentos) cuando el menor no tiene su residencia habitual en un Estado parte del CLH 1996, que cuando la tiene<sup>75</sup>. En el primer caso, los tribunales españoles serán competentes de acuerdo con nuestras normas internas; en el segundo, el CLH 1996 les impide declararse competentes<sup>76</sup>. Así, por ejemplo, en la SAP Madrid 23 noviembre 2020 el tribunal se inhibe en favor de los tribunales de Ecuador porque el menor vive en Ecuador con sus abuelos, si bien tanto padre como madre residen en nuestro país. En cambio, en la SAP Barcelona 13 enero 2017, el tribunal se declara competente para conocer de una solicitud de guarda y custodia en atención a la residencia habitual en España de la madre demandante, si bien tanto la menor como el padre viven en Perú.

A mi modo de ver, constituyen diferencias de trato que, aunque amparados en la ley, resultan injustificadas. Además, se puede llegar a entender que resulta más fácil obtener protección por parte de las autoridades españolas cuando el menor reside en un tercer Estado que cuando reside en el CLH 1996. Esta circunstancia conduce a un contrasentido por cuanto se supone que los Estados participan en el CLH 1996 para favorecer una mejor protección de los menores. Estos resultados se pueden evitar si, como sostenemos, la aplicación de los foros de competencia de la LOPJ va acompañada de una verificación de que la competencia de la autoridad ante la que se presenta la demanda está justificada por la vinculación del menor con nuestro país, y porque la asunción de competencia le beneficia.

<sup>74</sup> ECLI:ES:APB:2018:8442A

<sup>75</sup> M. HERRANZ BALLESTEROS, “Proyeccion...”, *op. cit.* p. 3; A. DEL SER LOPEZ / D. CARRIZO AGUADO, “Reglas de competencia...”, *op. cit.*, p. 67.

<sup>76</sup> Así, por ejemplo, el AAP Barcelona 27 noviembre 2018 (ECLI:ES:APB:2018:7654A), relativas a una demanda de solicitud de guarda y custodia en la que las menores residen en Ecuador; la SAP Valencia 2 marzo 2020 (ECLI:ES:APV:2020:833) relativa a una solicitud similar presentada por un padre que vive en España en relación a una menor que reside en República Dominicana con su madre; la SAP Madrid 23 noviembre 2020 (ECLI:ES:APM:2020:14546) en la que ambos padres viven en España pero el hijo menor vive en Ecuador con sus abuelos; el AAP Barcelona de 17 mayo 2019 (ECLI:ES:APB:2019:3796A) relativo a una demanda presentada por la madre, residente en España, relativa a una menor que vive con su abuela en Panamá, con el padre residiendo en Colombia.

#### IV. Una oportunidad desaprovechada: la conveniencia de sustituir la competencia residual por un foro de necesidad en materia de responsabilidad parental

25. El análisis de la jurisprudencia nacional relativa a los foros de la LOPJ en materia de protección de menores pone de manifiesto uno de los problemas que conlleva la competencia residual del art. 14: es una puerta abierta a los foros exorbitantes<sup>77</sup>, es decir, a la asunción de competencia por los tribunales de Estados miembros de acuerdo con sus leyes internas en situaciones en las que el menor no tiene ninguna vinculación con el Estado del foro y que no responden a su interés superior. En el caso español, esta circunstancia se pone de manifiesto en varias de las resoluciones citadas con anterioridad<sup>78</sup>.

El peligro que supone abrir la puerta a los foros exorbitantes que se deriva de la competencia residual en materia de responsabilidad parental es mayor que el que puede existir en materia matrimonial por cuanto, de acuerdo con el nuevo art. 6.2, en este último caso, los foros previstos en las leyes internas no resultan aplicables a demandados nacionales o residentes en un Estado miembro<sup>79</sup>. Esta limitación a la aplicación de la competencia residual no existe en materia de responsabilidad parental. Además, el art. 14 no contiene la equiparación prevista en el art. 6.3 entre nacionales de un Estado miembro residentes en otro Estado miembro con los nacionales de ese otro Estado miembro a los efectos de beneficiarse de los foros de competencia (exorbitantes) previstos en las leyes internas en demandas contra demandados que no tengan su residencia habitual en la Unión Europea.

26. Otro problema que se deriva de la competencia residual del art. 14 es que implica un grado elevado de complejidad en la determinación de los tribunales competentes en materia de protección de menores o, en cualquier caso, un grado de dificultad superior al del resto de instrumentos existentes en Derecho de familia y sucesiones<sup>80</sup>. Esta complejidad afecta a la buena administración de justicia por cuanto dificulta la labor del aplicador del Derecho en una materia en la que está en juego no sólo el derecho a una tutela judicial efectiva, sino también el interés superior del menor.

27. En íntima relación con el problema anterior esta el hecho de que el art. 14 supone una puerta abierta a la diversidad en los foros de competencia aplicables, y con ella una ruptura de la uniformidad<sup>81</sup>. Esta diversificación supone la inexistencia de un marco jurídico completo para la delimitación de la competencia entre los Estados miembros, circunstancia que favorece prácticas de *forum shopping*, y puede afectar a la previsibilidad del demandado a la hora de determinar ante qué tribunales puede resultar demandado<sup>82</sup>.

Efectivamente, el estudio llevado a cabo por A. Nuyts<sup>83</sup> sobre las competencias residuales pone de manifiesto que, en esta materia, existe una gran diversidad de foros aplicables a nivel nacional. En nueve Estados miembros, la nacionalidad del menor es suficiente para atribuir competencia a sus autoridades. En cinco, el criterio aplicable es la nacionalidad de cualquiera de los padres. En el resto, se atribuye competencia en atención a otros criterios como puede ser el domicilio del demandante o del demandado, o la conexión con un procedimiento de divorcio aunque no sea de pleno acuerdo. En fin, diez Estados miembros regulan un foro de necesidad que, con base en requisitos diversos, podría servir para atribuir la competencia a sus autoridades en última instancia<sup>84</sup>.

<sup>77</sup> R. BLAUWHOFF / L. FROHN, "Chapter 3...", *op. cit.*, p. 110.

<sup>78</sup> Pueden consultarse, a modo de ejemplo, SAP Barcelona 13 enero 2017, el AAP Tarragona 25 enero 2017, SAP Barcelona 5 noviembre 2019 en las que la competencia se sustenta en la residencia habitual del demandante en nuestro país.

<sup>79</sup> Al respecto, el apartado 2 del nuevo art. 6, que fusiona en una disposición única los arts 6 y 7 R. Bruselas II bis indica: "Un cónyuge que tenga su residencia habitual en el territorio de un Estado miembro, o sea nacional de un Estado miembro, solo podrá ser requerido ante los órganos jurisdiccionales de otro Estado miembro en virtud de los artículos 3, 4 y 5".

<sup>80</sup> Así lo entiende M. A. Sanchez Jimenez en relación con la materia matrimonial, crítica que, a mi modo de ver es extensible a la materia de responsabilidad parental (M. A. SANCHEZ JIMENEZ, "Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del *forum necessitatis* al Reglamento Bruselas II bis", *RDCE*, num. 63, 2019, pp. 407-448, esp. 420).

<sup>81</sup> A. BERNARDO SAN JOSE, "Normas de competencia...", *op. cit.*, p. 1275.

<sup>82</sup> A. BERNARDO SAN JOSE, "Normas de competencia...", *op. cit.*, p. 420.

<sup>83</sup> A. NUYTS, *Study...*, *op. cit.*

<sup>84</sup> Aps. 87 y 122.

**28.** A pesar de la gran variedad de foros recogidos en las leyes internas en esta materia, A. Nuyts concluye que no resulta asegurado que la demanda relativa a un menor residente en un tercer Estado que presente un vínculo estrecho con la Unión Europea pueda llegar a ser conocida por las autoridades de un Estado miembro. Además, las diferencias entre estos foros de competencia conllevan un trato diferenciado de los menores en atención a su nacionalidad que, si bien no parece contraria al art. 18 TFUE, si que puede implicar una denegación de justicia<sup>85</sup>.

En el mismo sentido se pronunciaba la Comisión Europea en su *Informe de aplicación del R. Bruselas II bis* presentado en 2014<sup>86</sup>; y se pronuncia, actualmente, en la doctrina española, A. Bernardo San José, para quien pueden darse situaciones en las que ni las autoridades de un Estado miembro, ni las de un tercer Estado sean competentes en materia de responsabilidad parental, circunstancia que colisiona con la tutela judicial efectiva además de con la protección del interés superior del menor<sup>87</sup>.

Es más, la existencia de foros por conexidad en el R. 4/2009 (art. 3 d) por los que los tribunales que conocen de una demanda en materia de responsabilidad parental pueden conocer de acciones de alimentos presentadas con carácter accesorio puede implicar que las consecuencias de una denegación de justicia se dupliquen.

**29.** Ante estos problemas, resulta criticable que el legislador europeo no decidiera reemplazar, en el nuevo Reglamento, la competencia residual del art. 14, por un *forum necessitatis*. De hecho, en el citado *Informe de aplicación*, la Comisión Europea defendía su introducción tal y como proponía el Parlamento Europeo en su Resolución legislativa sobre la propuesta de Reglamento Roma III<sup>88</sup>.

Ciertamente, la introducción o no de un foro de necesidad responde a intereses de política legislativa<sup>89</sup>. Así, en el caso del Reglamento Bruselas I bis se ha sostenido que la razón por la cual se mantienen la competencia residual descansa en garantizar que los sujetos domiciliados en terceros Estados no reciben un trato de favor en relación con las personas domiciliadas en los Estados miembros las cuales pueden quedar sujetos a foros exorbitantes y discriminatorios que pueden establecerse en los ordenamientos de terceros Estados<sup>90</sup>. No parece que este argumento sea trasladable a los litigios en materia de responsabilidad parental, donde la protección del interés superior del menor debe prevalecer sobre estas cuestiones de política legislativa.

O podría haberse considerado que, como indican algunos informes, la aplicación de la competencia residual es excepcional en los Estados miembros y, por lo tanto, los problemas planteados no revisten mucha gravedad<sup>91</sup>. De ahí que algunos autores se hayan planteado un foro de necesidad en materia matrimonial, pero no para asuntos de responsabilidad parental<sup>92</sup>. En mi opinión, en vista del importante número de veces en las que nuestros tribunales declaran su competencia en atención a los foros de la LOPJ, este argumento no es válido al menos para España.

La explicación de la falta de inclusión de un foro de necesidad en el R. Bruselas II ter reside, más bien, en la actitud de prudencia que asumió la Comisión a la hora de presentar la propuesta de Reglamento<sup>93</sup>. De hecho, la primera propuesta que, finalmente no salió adelante, contenía un foro de necesidad en materia matrimonial. Mayor razón para evitar cualquier discusión al respecto en la propuesta posterior.

<sup>85</sup> Ap. 200 y 201.

<sup>86</sup> Comisión Europea, “Informe sobre la aplicación del Reglamento (CE) no 2201/2003 del Consejo relativo a la competencia, el reconocimiento y la ejecución de resoluciones judiciales en materia matrimonial y de responsabilidad parental, por el que se deroga el Reglamento (CE) no 1347/2000”, Doc. COM(2014) 225 final, p. 9.

<sup>87</sup> P. 1275-1276.

<sup>88</sup> Resolución legislativa de 15 diciembre 2010, P7\_TA(2010)0477

<sup>89</sup> M. SZPUNAR, “Forum of necessity in family law matters within the framework of EU and international law,” *Polski Proces Cywilny*, vol 4, 2021, pp. 563 ss, esp. 577, disponible en <https://assets.contenthub.wolterskluwer.com/api/public/content/331a5271020f44d8a2c72a20cc93a71b?v=272182d0>,

<sup>90</sup> A.-L. CALVO CARAVACA / J. CARRASCOSA GONZALEZ, *Tratado...*, op. cit. p. 2095; F. CADET, “Le nouveau règlement Bruxelles I ou l’itinéraire d’un enfant gâté”, *JDI Clunet*, 2013, núm. 1, pp. 765-790, esp. 773.

<sup>91</sup> U. VIARENGO / F. VILLATA (eds.), *Planning the future of Cross-border Families: A path through Coordination. Final Study*, p. 118, disponible en <http://www.eufams.unimi.it/wp-content/uploads/2017/12/EUFams-Final-Study-v1.0.pdf>

<sup>92</sup> T. KRUGER / L. SAMYN, “Brussels II bis: successes and suggested improvements”, *JPIL*, enero 2016.

<sup>93</sup> B. CAMPUZANO DIAZ, “El nuevo ...”, op. cit., p. 99.

**30.** Esta última circunstancia no es excusa para no haber sustituido la competencia residual del art. 14 por un *forum necessitatis* en materia de responsabilidad parental en vista de las ventajas que conlleva.

La primera de ella es la de evitar situaciones de denegación de justicia. De hecho, esta es la justificación de la introducción de este foro en Reglamento 4/2009<sup>94</sup>, Reglamento 650/2012<sup>95</sup>, Reglamento 2016/1103<sup>96</sup> y Reglamento 2016/1104<sup>97</sup>.

En segundo lugar, si bien varios Estados miembros ya cuentan en sus leyes internas con un foro de necesidad, la adopción de esta norma en el R. Bruselas II ter hubiera garantizado el establecimiento de condiciones de aplicación uniforme y su interpretación autónoma por parte del TJUE<sup>98</sup>.

En tercer lugar, se favorecería la coherencia del sistema de competencia judicial internacional europeo por cuanto el R. Bruselas II ter pasaría a ser completo<sup>99</sup>, al igual que el resto de reglamentos europeos en materia de Derecho de familia y sucesiones<sup>100</sup>.

En cuarto lugar, se eliminaría la diversidad en el régimen de competencia judicial internacional por cuanto las leyes internas no podrían resultar aplicables; y se reduciría el grado de complejidad en la determinación de los tribunales competentes para el aplicador del Derecho.

En quinto lugar, se evitaría la posibilidad de que los tribunales de los Estados miembros asumieran competencias en estas materias a partir de foros exorbitantes que pueden poner en peligro el interés superior del menor y el derecho de defensa del demandado.

**31.** El foro de necesidad en el R. Bruselas II ter debería establecer unas condiciones de aplicación similares a las existentes en el resto de reglamentos europeos. De esta manera se garantizaría que cuando se dieran los requisitos para que el tribunal de un Estado miembro pudiera declararse competente para conocer de la demanda en materia de responsabilidad parental, también se cumplirían las condiciones para que pudiera conocer de demandas conexas como, por ejemplo, en materia de crisis matrimoniales o de alimentos para los hijos<sup>101</sup>.

Dichas condiciones de aplicación serían: a) que el asunto presente una vinculación estrecha con el Estado miembro en cuestión; b) que resulta imposible o no resulta razonable iniciar un procedimiento en un Estado tercero con el cual el litigio tiene estrecha relación. Su aplicación, además, debería ser excepcional<sup>102</sup>.

Ahora bien, el foro de necesidad también debería tener presente las particularidades de la materia. Así, en primer lugar, la vinculación con el Estado miembro en cuestión debería predicarse del menor, no del asunto en su conjunto; en segundo lugar, de acuerdo con el principio rector de la materia, la declaración de competencia por el tribunal en cuestión debería responder al interés superior del menor<sup>103</sup>. De esta manera, además, se aseguraría que el foro de necesidad estuviera alineado con el art. 10 R. Bruselas II ter.

<sup>94</sup> Considerando 16.

<sup>95</sup> Considerando 31.

<sup>96</sup> Considerando 41.

<sup>97</sup> Considerando 40.

<sup>98</sup> R. BLAUWHOFF / L. FROHN, "Chapter 3...", *op. cit.*, p. 110.

<sup>99</sup> Siempre que como propone la doctrina, también se incluya un foro de necesidad en materia matrimonial. En este sentido, T. KRUGER / L. SAMYN, "Brussels II bis...", *op. cit.*, p. 10; M. A. SANCHEZ JIMENEZ, "Divorcio...", *op. cit.*, p. 420 ss.

<sup>100</sup> Sobre las interacciones entre los diferentes instrumentos en Derecho de familia, L. VALKOVÁ, "The interplay between jurisdictional rules established in the EU legal instruments in the field of family law: testing functionality through simultaneous application with domestic law", *CDT*, vol 9, num. 2, 2017, pp 551-568.

<sup>101</sup> En 2009, antes de la llegada de los reglamentos europeos en materia de familia y sucesiones, D. P. Fernandez Arroyo ya defendía la utilidad de lo que llamaba el "foro de necesidad por vía de extensión" para que un juez que, por ejemplo, fuera competente para conocer de un divorcio pudiera extender su competencia a las cuestiones sobre responsabilidad parental accesorias aunque ninguna norma atribuyera a ese tribunal la competencia. D. P. FERNANDEZ ARROYO, "Compétence exclusive et compétence exorbitante dans les relations privées internationales", *RCADI*, vol 323, 2009, p. 75.

<sup>102</sup> En este sentido, cabe recordar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que el derecho a un debido proceso recogido en el art. 6 no impone una obligación a los Estados parte de establecer un foro de necesidad (ap. 201) y, en caso de establecerlo, las autoridades pueden adoptar una interpretación restrictiva de las condiciones de aplicación siempre que no limiten el derecho de acceso a la justicia de manera desproporcionada de acuerdo a la finalidad perseguida. STEDH de 15 marzo 2018, "*Nait-Liman c. Suiza*", (ECLI:CE:ECHR:2018:0315JUD005135707)

<sup>103</sup> A. NUYS, *Study...*, *op. cit.*, ap. 202.

## V. Conclusiones

**32.** Existen importantes razones por las cuales hubiera sido conveniente sustituir la competencia residual del art. 14 por un *forum necessitatis*. En particular, si lo analizamos desde el punto de vista de España, con ello se evitaría que nuestros tribunales se declarasen competentes, de acuerdo con el art. 22 quater d) LOPJ, en supuestos que presentan una escasa vinculación con nuestro ordenamiento y en los que no se beneficia el interés superior del menor.

A mi modo de ver, el cumplimiento de estas dos condiciones es una exigencia del principio de proximidad del R. Bruselas II ter que, por extensión (art. 14), resulta aplicable a la hora de determinar la competencia de acuerdo con las leyes internas (en nuestro caso la LOPJ).

**33.** La ausencia de este foro de necesidad incrementa la importancia de interpretar que el nuevo art. 10 resulta aplicable en supuestos en los que el menor tiene su residencia habitual en terceros Estados. Gracias a ello, siempre que exista acuerdo entre las partes involucradas, y se cumplan las dos condiciones indicadas, los tribunales españoles podrán declararse competentes.

**34.** En defecto de acuerdo entre las partes involucradas, no debería bastar con la aplicación mecánica de los foros de la LOPJ (en particular, el art. 22 quater d) tienen porqué ser necesariamente exorbitantes. El tribunal debería verificar que, en el caso concreto, el menor está estrechamente vinculado con nuestro país, y la declaración de competencia responde a su interés superior.

De no cumplirse estos dos requisitos, aunque los foros de la LOPJ resultaran aplicables, los tribunales deberían inhibirse de oficio con base en el art. 2.1 LO 1996.