

Delimitación de la residencia habitual como principal criterio de competencia en el derecho europeo de familia y normas de aplicación en defecto de Estado miembro competente ante la reciente doctrina del TJUE. Desde un posible foro de la nacionalidad del demandado encubierto a supuestos claudicantes

Delimitation of habitual residence as the main attributive criteria of jurisdiction in European family law and applicable rules in the absence of a competent member state in accordance with the recent doctrine of the CJEU. From a possible undercover forum on the nationality of the defendant to faltering cases

CLARA ISABEL CORDERO ÁLVAREZ

*Profesora contratada Doctor en Derecho internacional privado
Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid (UCM)*

ORCID ID: 0000-0001-8755-4820

Recibido: 11.11.2022 / Aceptado: 21.12.2022

DOI: <https://doi.org/10.20318/cdt.2023.7540>

Resumen: El Tribunal de Justicia ha dictado recientemente una resolución con significativas consecuencias prácticas en el ámbito del Derecho europeo de familia, si bien las valoraciones sobre ésta son muy distintas en función de las cuestiones resueltas por el sentido del fallo. Son dos grandes cuestiones, vinculadas ambas al sector de la competencia judicial internacional, las que pueden extraerse de la sentencia de 1 de agosto de 2022 (C-501/20, *MPA vs. LCDNMT*), ambas merecedoras de un análisis en profundidad por diferentes razones. Por un lado, el Tribunal precisa los elementos pertinentes para determinar la residencia habitual de las partes en materia de divorcio (crisis matrimonial), responsabilidad parental y obligaciones de alimentos, como criterio fundamental de competencia en virtud de los Reglamentos Bruselas II y Bruselas III, completando la doctrina ya vigente y adaptándola al litigio principal. Habida cuenta que ninguno de estos instrumentos europeos recoge definición alguna al respecto, esta aportación resulta determinante para localizar la autoridades competentes en un caso como el de referencia, en el que concurre la condición de agentes de la UE de los cónyuges y se plantea la eventual inmunidad diplomática y su incidencia en esta cuestión. Por otro lado, se especifica las condiciones en las que un tribunal de un Estado miembro de la UE, ante el que se haya presentado la demanda, puede establecer su competencia para pronunciarse en materia de divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos cuando, en principio, no resulte competente ningún Estado miembro, cuando los implicados ostenten la nacionalidad de distintos Estados miembros pero tengan residencia fuera de la Unión, en función de las reglas de competencia residual o *forum necessitatis* previstas en el instrumento europeo aplicable. La interpretación -restringida- que en particular se realiza de la regla de competencia residual

en materia matrimonial en el ámbito del Reglamento Bruselas II, resulta especialmente controvertida, en la medida que abre la puerta a un potencial foro de la nacionalidad del demandado así como a posibles supuestos claudicantes, por denegación de justicia, cuando del Derecho nacional de competencia no prevea este tipo de criterios de conexión.

Palabras clave: Materia matrimonial, responsabilidad parental, obligaciones de alimentos, Reglamento Bruselas II bis/ter, Reglamento n° 4/2009, residencia habitual, nacionalidad, Unión Europea, competencia residual, *forum necessitatis*.

Abstract: The Court of Justice has recently issued a resolution with significant practical consequences in the field of European Family Law, although the assessments on it are very different depending on the issues resolved by the meaning of the ruling. The ruling of August 1, 2022 (C-501/20, MPA vs. LCDNMT), addresses two major issues, both linked to the sector of international judicial competition, which deserve an in-depth analysis for different reasons. On the one hand, the Court specifies the relevant elements to determine the habitual residence of the parties in matters of Divorce (marital crisis), parental responsibility and maintenance obligations, as a fundamental criterion of jurisdiction under the Brussels II and Brussels III Regulations, completing the doctrine already in force and adapting it to the referenced case. Starting from the premise that none of these European instruments contains any definition in this regard, this judgment is decisive in locating the competent national jurisdiction in a case such as the one at hand, in which the spouses are EU agents, so the diplomatic immunity is raised, and consequently its potential incidence in this issue. On the other hand, this ruling specifies the conditions under which a court of a Member State of the EU, before which the claim has been filed, can establish its jurisdiction to rule on matters of divorce, parental responsibility and maintenance obligation when, in principle, no Member State is competent, when those involved hold the nationality of different Member States but have residence outside the Union, based on the rules of residual jurisdiction or *forum necessitatis* provided for in the applicable European instrument. The -restricted- interpretation that is made of the rule of residual jurisdiction in matrimonial matters in the Brussels II Regulation, is especially controversial, to the extent that it opens the door to a potential forum of the defendant's nationality as well as to possible faltering cases, due to a denial of justice, when the internal jurisdiction law does not provide for this type of connection criteria.

Keywords: Matrimonial matters, parental responsibility, maintenance obligations, Brussels II bis/ter Regulation; Regulation (EC) No 4/2009, habitual residence; nationality, European Union, residual jurisdiction, *forum necessitatis*.

Sumario: I. Planteamiento. II. Cuestiones esenciales de Derecho internacional privado europeo: 1. La concreción de la residencia habitual como criterio de atribución de la competencia en función de la *causa petendi*. 2. Condiciones de aplicabilidad de las normas de competencia en defecto de tribunal de Estado miembro competente: A) Distinto alcance de la competencia residual según la materia en el Reglamento Bruselas II. B) La nacionalidad del demandante como foro encubierto en materia matrimonial como solución y supuestos claudicantes. C) El *forum necessitatis* para obligaciones de alimentos ante supuestos de denegación de justicia. III. Conclusiones.

I. Planteamiento

1. El presente estudio tiene como punto de partida la reciente sentencia del TJUE, de fecha 1 de agosto de 2022¹, sobre la interpretación y alcance de ciertas normas de competencia de dos instrumentos fundamentales europeos de Derecho de familia, a saber, los artículos 3, 6 a 8 y 14 del Reglamento (CE) n° 2201/2003 (Reglamento Bruselas II *bis*)² y los artículos 3 y 7 del Reglamento (CE) n° 4/2009 (Reglamento Bruselas III)³, en un caso sobre divorcio, responsabilidad parental y obligaciones alimen-

¹ STJUE 1 agosto 2022, C-501/20, MPA vs. LCDNMT [ECLI:EU:C:2022:619].

² 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. DOUE-L-2003-82188

³ Reglamento (CE) n° 4/2009 del Consejo, de 18 de diciembre de 2008, relativo a la competencia, la ley aplicable, el reconocimiento y la ejecución de las resoluciones y la cooperación en materia de obligaciones de alimentos. DOUE-L-2009-80018.

ticias, entre dos nacionales de dos Estados miembros distintos que residen en un tercer Estado como agentes contractuales destinados en la delegación de la Unión Europea ante dicho tercer Estado. Los hechos concretos del caso que fundamentan la referida sentencia son esenciales para tratar de entender el contenido de la decisión, por cuanto se refiere tanto a su cuestionable *obiter dicta* (particularmente en lo que respecta a la segunda de las cuestiones abordadas, relativa a las condiciones de aplicabilidad de las normas de competencia en defecto de tribunal de Estado miembro competente, en especial sobre el alcance de las competencias residuales), como a su *ratio decidendi* y las consecuencias a las que puede conducir para la resolución de posteriores asuntos por los tribunales de los Estados miembros.

2. Los antecedentes de hecho en el asunto de referencia se concretan en los siguientes. Pareja de nacional portugués y nacional española que ostentan la condición de agentes contractuales de la Comisión Europea en Guinea-Bisáu, allí contraen matrimonio en la Embajada de España el 25 de agosto de 2010. Fruto de esa unión nacen dos hijos, ambos nacidos en España el 10 de octubre de 2007 y el 30 de julio de 2012, siendo que los dos menores ostentan la doble nacionalidad española y portuguesa de sus progenitores. En 2015, la pareja que hasta entonces era residente de Guinea-Bisáu, se traslada a Togo con sus hijos menores, al ser destinados a la Delegación de la Unión Europea en ese tercer Estado. Desde la separación de hecho de la pareja en 2018, la madre y los menores continuaron residiendo en el domicilio conyugal en Togo y el padre se trasladó a un hotel en ese mismo país donde estableció su residencia. La madre presentó en 2019 una demanda de disolución matrimonial ante la jurisdicción española, solicitando además, entre otras cuestiones, pretensiones relativas a la forma de ejercicio de la custodia sobre los hijos en común y a las responsabilidades parentales, así como a la pensión de alimentos para estos.

En primera instancia, el tribunal español declaró que carecía de competencia internacional sobre la base de que las partes litigantes no tenían su residencia habitual en España. La madre recurre en apelación la resolución de instancia de la declinatoria internacional ante la Audiencia Provincial de Barcelona. La recurrente fundamenta su recurso en el hecho de que su cónyuge y ella gozan de estatus diplomático como agentes de la Unión acreditados en el Estado de destino y dicho estatus es concedido por el Estado de acogida (Togo) y esto se hace extensivo a los hijos menores. Consecuentemente, alega la protección por inmunidad establecida en el artículo 31 del Convenio de Viena de 1961⁴ y que sus pretensiones no están comprendidas en las excepciones contempladas en dicho artículo. Invoca los Reglamentos n.º 2201/2003 y n.º 4/2009, según los cuales la competencia para conocer de las distintas pretensiones solicitadas: divorcio, la responsabilidad parental y la pensión de alimentos, se determina por la residencia habitual de las partes implicadas (incluidos los menores respecto de las peticiones a ellos vinculados). En este sentido, considera la recurrente que con arreglo al artículo 40 del Código Civil español, su residencia habitual no es el lugar donde trabaja en calidad de agente contractual de la Unión, sino el que era lugar de residencia antes de adquirir dicho estatus, esto es, España. Asimismo, por lo que respecta en particular a las obligaciones de alimentos, la madre recurrente invoca el *forum necessitatis* reconocido por el Reglamento n.º 4/2009 alegando la situación en la que se encuentran los órganos jurisdiccionales togoleses -reconociendo en este sentido, tácitamente, que la residencia de las partes no se encuentra dentro de un Estado miembro, como se verá más adelante-. A tales efectos, se aportan informes elaborados por el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas de los que se constata, en primer lugar, la falta de capacitación adecuada y continua de los jueces de aquél país y la persistencia de un clima de impunidad en lo que respecta a las violaciones de los derechos humanos y, por otro, la preocupación de las Naciones Unidas acerca de la independencia del poder judicial, el acceso a la justicia y la impunidad por las violaciones de los derechos humanos.

Por el contrario, la otra parte litigante, el padre, alega que ninguno de los cónyuges ejerce funciones diplomáticas para su respectivo Estado miembro (España y Portugal), sino que son trabajadores de la Delegación de la Unión en Togo como agentes contractuales, por lo que no tienen pasaporte diplomático sino un mero salvoconducto o documento viaje documento válido únicamente en territorio de terceros Estados (*laissez-passer*). Consecuentemente, desde esta perspectiva no es aplicable el Convenio de Viena de

⁴ Convención de Viena sobre Relaciones Diplomáticas, 18 de abril de 1961. BOE-A-1968-108

1961, sino el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades de la Unión Europea y éste solo respecto de los actos realizados por los funcionarios y agentes de las instituciones de la Unión con carácter oficial. Por todo ello, en el caso de referencia en el que las pretensiones son de ámbito puramente personal no resulta de aplicación este instrumento, por lo que no se impide la competencia de los órganos jurisdiccionales togolese como Estado de residencia habitual de las partes, ni hace necesaria la aplicación del *forum necessitatis* para habilitar a la jurisdicción española en el conocimiento de las acciones.

3. En un supuesto como el analizado, en que se constata la inexistencia de jurisprudencia del TJUE aplicable sobre la delimitación del criterio residencia habitual en materia de divorcio, responsabilidad parental y obligaciones de alimentos, en las concretas circunstancias del litigio principal: en particular, la incidencia del estatus diplomático u otro análogo, como el de quien ejerce funciones como agente o funcionario para la Unión y está destinado en terceros Estados para el ejercicio de esas funciones, y ante la necesidad de determinar la temporalidad, habitualidad y estabilidad de la permanencia de los cónyuges en Togo para dicha delimitación, sin poder obviar para ello que su presencia física en ese tercer Estado tiene como causa y origen el ejercicio de funciones por cuenta de la Unión, resulta justificado el recurso a la cuestión prejudicial por el foro para poder resolver. De igual forma, el hecho de que se trate de nacionales de distintos Estados miembros respecto de los que pueda concluirse que su residencia habitual (incluyendo los menores) está localizada en tercer Estado, ante una posible falta de competencia de cualquier Estado miembro para conocer de las pretensiones, se plantea cuáles son las condiciones de aplicabilidad de las normas de competencia previstas en los instrumentos y la incidencia en este sentido de la nacionalidad del demandado.

4. Ante las circunstancias particulares del caso expuestas, por la Audiencia Provincial de Barcelona se decide plantear varias cuestiones prejudiciales (seis en total, aunque solo proceden y se resuelven cuatro) para poder pronunciarse sobre la competencia de los tribunales españoles, en virtud de los Reglamentos Bruselas II *bis* y Bruselas III, para conocer de las pretensiones formuladas por la demandante (la madre). Las cuestiones prejudiciales formuladas al Tribunal de Justicia pueden sintetizarse en tres grandes cuestiones fundamentales.

En primer lugar, si influye y de qué manera, la condición de agentes contractuales de la UE de los sujetos de referencia (incluyendo los hijos menores en común), que son nacionales de Estados miembros pero ubicados físicamente en tercer Estado para el ejercicio de esas funciones para la Unión (y considerados en dicho país como agentes diplomáticos), en la concreción del criterio de competencia “residencia habitual” de los dos instrumentos europeos aplicables, esto es, el Reglamento Bruselas II *bis* y el Reglamento Bruselas III.

En segundo lugar, cuáles son los elementos o factores de conexión con la UE relevantes (nacionalidad, residencia anterior...) para determinar la residencia habitual de los menores en un Estado miembro si se considera que estos no tienen residencia en el tercer Estado de ubicación física, para la aplicación del art. 8 del Reglamento Bruselas II *bis*.

La última gran cuestión se refiere a cuáles son las condiciones en las que un tribunal de Estado miembro, ante el que se haya presentado la demanda, puede establecer su competencia para pronunciarse en materia de divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos cuando, en principio, no resulte competente ningún tribunal de un Estado miembro, en ampliación de las competencias residuales de los arts. 7 y 14 del Reglamento Bruselas II *bis* o del *forum necessitatis* del art. 7 del Reglamento Bruselas III, y cómo incide en la interpretación y alcance de estas reglas excepcionales el hecho de que el demandado tenga nacionalidad de un Estado miembro.

II. Cuestiones esenciales de Derecho internacional privado europeo

5. Las dos grandes cuestiones que se extraen de la Sentencia del Tribunal de Justicia de 1 de agosto de 2022, en respuesta a las cuestiones prejudiciales planteadas, están vinculadas ambas al sector de la competencia judicial internacional, ya que se refieren al alcance y aplicación por los Estados miem-

bro vinculado de los principales instrumentos europeos de Derecho internacional privado de familia, y su consecuente relación con su respectivo sistema de competencia de fuente autónoma o interna.

Por un lado, lo que se requiere al Tribunal de Justicia es la precisión de los elementos necesarios para concretar la residencia habitual de las partes en materia de divorcio (crisis matrimonial), responsabilidad parental y obligaciones de alimentos, como criterio fundamental de competencia en el Reglamento Bruselas II *bis* (y en su sucesor, el ya vigente Reglamento nº 2019/1111 o Bruselas II *ter*⁵) y en el Reglamento Bruselas III, en un supuesto tan particular como el que se refiere en el litigio principal. A este respecto, esta sentencia viene a completar la doctrina ya existente sobre el sentido e integración del criterio “residencia habitual” en el contexto y objetivos de cada uno de los instrumentos analizados, resultando sus conclusiones extensibles al nuevo Reglamento Bruselas II *ter*.

Por otro lado, para el caso de que la residencia de las partes (incluyendo los menores) se encuentre ubicada en un tercer Estado en función de esos elementos indicados, se pide que se especifique las condiciones en las que un tribunal de un Estado miembro de la UE, ante el que se haya presentado la demanda, puede alegar su competencia para pronunciarse en estas materias cuando, en principio, no resulte competente ningún otro Estado miembro según el Reglamento aplicable, teniendo en cuenta el alcance las reglas de competencia residual previstas en el Reglamento Bruselas II *bis/ter* (arts. 7 y 14), o en aplicación del *forum necessitatis* del art. 7 del Reglamento Bruselas III. Es precisamente en esta segunda cuestión, donde la argumentación del tribunal (*obiter dicta*) para fundamentar su fallo puede plantear mayores cuestiones, en cuanto a la articulación de la regla general y excepciones de las competencias residuales sobre el alcance personal del instrumento según las pretensiones ante las que nos encontremos, habida cuenta de las significativas consecuencias prácticas de la solución a la que llega el Tribunal en materia matrimonial.

1. La concreción de la residencia habitual como criterio de competencia en función de la causa de pedir

6. La residencia habitual se configura como un criterio de competencia esencial en todos los instrumentos de Derecho internacional privado europeos en materia de familia y, por consiguiente, en los implicados en el asunto de referencia, a saber, Reglamento Bruselas II *bis* (y su sucesor)⁶ y el Reglamento Bruselas III. Se trata del criterio general de partida para la atribución de competencia a los Estados miembros en todos estos instrumentos, habida cuenta de su conveniencia a la luz de los principios de proximidad y previsibilidad para las partes en litigio⁷. De esta suerte, la delimitación de este concepto resulta básico para concretar no solo las autoridades competentes dentro de la Unión para conocer de las pretensiones vinculadas a las materias cubiertas, sino que también es un factor determinante para la delimitar el alcance personal de aplicación de dichos instrumentos (conjuntamente a la nacionalidad de las partes, de conformidad con el fallo de la sentencia objeto de análisis en relación con la competencia residual en materia matrimonial).

Este concepto debe interpretarse de manera autónoma y uniforme, sin que pueda integrarse de acuerdo con el ordenamiento nacional de ningún Estado miembro, al no preverse en ninguno de los Reglamentos de referencia remisión expresa al ordenamiento de los Estados miembros para determinar

⁵ Reglamento (UE) nº 2019/1111 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 (versión refundida), en aplicación desde el pasado 1 de agosto de 2022. DOUE-L-2019-81122.

⁶ Sobre la interpretación de este concepto en el ámbito del Reglamento Bruselas II *bis*, véase, 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*, nº21, diciembre 2014; C. CARRILLO LERMA, “Interpretación del concepto “residencia habitual” en el contexto del Reglamento Bruselas II *bis* y fijación del lugar de residencia del menor”, en J. R. Robles Reyes (coord.), *Aportaciones de juristas noveles a la ciencia jurídica*, Aranzadi Thomson Reuters, 2015, pp. 27-26.

⁷ Principios en los que se fundamentan la generalidad de normas institucionales tanto en el sector de competencia judicial internacional como de Ley aplicable.

su sentido y alcance⁸. En ninguno de los instrumentos operados se contiene una definición propia del término “residencia habitual”, por lo que la doctrina del Tribunal de Justicia en su respectiva interpretación resulta esencial, y ello en función del contexto de la disposición en el que se contiene dicho criterio y los objetivos del instrumento (como expresamente se refiere en el apdo. 43 de la Sentencia)⁹. Consecuentemente, esta determinación jurisprudencial varía según estemos en materia matrimonial (a los efectos del art. 3 apartado 1, letra a) del Reglamento Bruselas II *bis*), en responsabilidad parental (respecto del art. 8 del Reglamento Bruselas II *bis*) u en obligaciones de alimentos (en relación con el art. 3, letras a) y b) del Reglamento Bruselas III). Toda la doctrina ya existente, en principio, resulta extrapolable al asunto objeto de estudio resuelto por la sentencia analizada, según las pretensiones planteadas. No obstante, en lo que respecta a las circunstancias concretas del asunto remitido, se constata que hasta el momento no existía doctrina jurisprudencial aplicable sobre la eventual incidencia de la condición de agentes contractuales de la Unión de los cónyuges destinados a un tercer país para el desarrollo de las funciones encomendadas por la Unión, para la determinación de su residencia habitual, así como la de sus hijos menores. De esta suerte, la resolución del tribunal en este sentido resulta novedosa y significativa.

7. En materia de crisis matrimonial, en el contexto de las normas de competencia contenidas en art. 3 apartado 1, letra a) del Reglamento Bruselas II *bis*, el concepto de residencia habitual de los cónyuges ha sido interpretado e integrado manera autónoma y uniforme por el Tribunal de justicia en resoluciones anteriores que pueden traerse ahora a colación. La residencia habitual figura de una forma u otra en los seis criterios de competencia objetivos, alternativos y exclusivos previstos en ese apartado 1 letra a) del art. 3¹⁰, que atribuyen de forma no jerarquizada la competencia para conocer de la materia matrimonial a los tribunales del Estado miembro de la actual o anterior residencia habitual de los cónyuges o de alguno de ellos. Son dos los elementos o criterios fundamentales para integrar o delimitar el concepto del residencia habitual a estos efectos, según el Tribunal¹¹. Por un lado, no solamente se caracteriza por la voluntad de la persona de que se trate de fijar el centro habitual de su vida en un lugar determinado (intencionalidad de permanencia o *animus manendi*), sino que también se exige una presencia que revista un grado suficiente de estabilidad en el territorio del Estado miembro en cuestión (duración y regularidad de la residencia)¹². Igualmente se ha aclarado por el Tribunal que ningún cónyuge puede ostentar más de una residencia habitual al tiempo en el sentido de esta disposición¹³. Todas estas consideraciones, establecidas por la jurisprudencia ya asentada, resultan de aplicación para resolver las cuestiones prejudiciales planteadas en el asunto de referencia, como así resulta del contenido de la resolución con su referencia expresa en su *obiter dicta*.

⁸ Sin perjuicio de que existan propuesta doctrinales para integrar de manera más segura este concepto en el ámbito de la UE en materia de familia y persona. Entre otros, *vid.*, L. A. PÉREZ MARTÍN, “Propuesta de un concepto de residencia habitual de ámbito europeo en situaciones conflictivas de derecho de familia y sucesiones”, *AEDIPr*, Nº. 18, 2018, pp. 469-494. En particular, en el concreto ámbito de la sustracción internacional sobre la delimitación del concepto residencia habitual del menor en los instrumentos internacionales, europeos y convencionales, véase, I. REIG FABADO, “La construcción del concepto autónomo de residencia habitual del menor en los supuestos de sustracción internacional de menores”, *CDT*, vol. 11, nº 1, 2019, pp. 877-888; L. A. PÉREZ MARTÍN, “Residencia habitual de los menores y vulneración de derechos fundamentales. Sentencia del Tribunal de Justicia de 17 de octubre de 2018, asunto C-393/18 PPU”, *La Ley Unión Europea*, nº 66, 31 de enero de 2019.

⁹ En este sentido, por todos, STJUE de 25 de noviembre de 2021, *IB*, as. C-289/20 (ECLI:EU:C:2021:955), apartados 38 y 39, donde se planteaba la determinación de la residencia habitual de uno de los cónyuges en materia de divorcio a los efectos de esta disposición.

¹⁰ Criterios de competencia diseñados para dar respuesta a una necesidad de una normativa adaptada a las necesidades específicas de los conflictos en materia de crisis matrimonial. *Vid.* as. C-289/20, *loc. cit.*, apartado 32 y jurisprudencia anterior ahí referida.

¹¹ La aplicación de estos criterios por los tribunales españoles puede verse en M. CASADO ABAQUERO, “Criterios delimitadores del concepto de residencia habitual en las crisis matrimoniales intracomunitarias: A propósito del auto de 12 de noviembre de 2020 de la sección décima de la Audiencia Provincial de Valencia”, *CDT*, (Octubre 2021), Vol. 13, Nº 2, pp. 704-713

¹² *Vid.* as. C-289/20, *loc. cit.*, apartado 57.

¹³ Como expresamente ha establecido en Tribunal de Justicia en el asunto C-289/20 (*loc. cit.* apartado 51). Un análisis de esta resolución en L. A. PÉREZ MARTÍN, “Concreción de la residencia habitual de los cónyuges en las crisis matrimoniales europeas, episodio 1: aún con vida entre varios Estados, solo hay una residencia habitual”, *CDT*, Vol. 14, Nº. 1, 2022, pp. 422-443

8. Los mismos principios indicados han de aplicarse para delimitar de forma autónoma y uniforme el concepto de “residencia habitual” en materia de obligaciones de alimentos¹⁴, en el sentido de los criterios de competencia alternativos¹⁵ contenidos en el art. 3, letras a) y b) del Reglamento Bruselas III. Según estas normas de competencia, el demandante tiene la posibilidad de presentar una demanda sobre obligación de alimentos o bien ante el órgano jurisdiccional del lugar donde el demandado tenga su residencia habitual (conforme a la letra a) de dicho artículo 3), o bien ante el órgano jurisdiccional del lugar donde el acreedor tenga su propia residencia habitual (de conformidad con la letra b) de dicho artículo)¹⁶.

Entre los objetivos del instrumento se encuentra la salvaguarda de la proximidad entre el acreedor de alimentos -típicamente la parte más débil-, y el órgano jurisdiccional competente, así como garantizar una buena administración de justicia, tanto desde el punto de vista de la optimización de la organización judicial como desde la perspectiva del interés de las partes (demandante o del demandado), concretado en el acceso simplificado a la justicia y en la previsibilidad de las reglas de competencia. La labor hermenéutica de esta norma exige la atribución de un significado autónomo e inequívoco de los términos que aparecen en ella -lo que incluye el de residencia habitual-, entre otras razones para garantizar la no discriminación entre situaciones similares, así como el respeto de los mismos derechos y obligaciones para las partes con independencia del foro, facilitando de esta manera por tanto el cobro de los alimentos, que es uno de los objetivos de este instrumento¹⁷, junto con la buena administración de justicia (considerando 15). En lo que respecta al contexto, este conlleva la necesidad de tomar en consideración el interés superior del menor en la interpretación del art. 3, lo que se deduce del propio instrumento. En el ámbito de las reglas de competencia objeto de análisis (letras a y b del art.3), y en general para todo el Reglamento¹⁸, este interés superior del menor viene determinado por la referencia expresa al Convenio de La Haya de 2007 (considerando 8) en el que este criterio tiene consideración primordial en todas las medidas concernientes a los niños¹⁹. Consecuentemente, el concepto de residencia habitual de los criterios de competencia del art. 3 del Reglamento, deben guiarse por los mismos principios y caracterizado por los mismos elementos que en el Protocolo de La Haya sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias²⁰. En virtud del artículo 3 de dicho Protocolo es en principio la ley de la residencia habitual del acreedor de alimentos la que rige las obligaciones de alimentos, siendo que la residencia supone un grado suficiente de estabilidad, lo que excluye una presencia temporal u ocasional²¹. En consecuencia, de todo ello parece que se deduce que el tribunal mejor posicionado para conocer en estos casos sería el de residencia habitual de los menores (acreedores de alimentos), siendo éste el lugar

¹⁴ Se exige una interpretación autónoma y uniforme que debe realizarse en función del contexto y el objetivo perseguido por el instrumento en cuestión, en aras de garantizar una aplicación uniforme del Derecho de la Unión. Véase entre otras, STJUE de 30 abril de 2014, C-26/13, *Kásler y Káslerné Rábai*, § 37 (ECLI:EU:C:2014:282).

¹⁵ Vid. STJUE de 5 de septiembre de 2019, C-468/18, R (Competencia responsabilidad parental y obligación de alimentos) (ECLI:EU:C:2019:666), apartado 29 y jurisprudencia ahí referida. Cuestión distinta es cómo funcionan los criterios de competencia contenidos en las letras c) y d) del art. 3, supuestos en los que las demandas de alimentos se presentan como accesorias a otro tipo de acciones generalmente vinculadas, como son aquellas sobre el estado de las personas o de responsabilidad parental, extendiendo la competencia por esa conexidad de esas jurisdicciones competentes para esas otras tipo de acciones conectadas. En este sentido resulta esencial la STJUE de 16 de julio de 2015, as. C-184/14, *A y B* (ECLI:EU:C:2015:479). Un análisis de esta sentencia puede verse en C. I CORDERO ÁLVAREZ, C.I. “Cuestiones de competencia judicial internacional en el Reglamento 4/2009: Accesoriedad de la demanda de alimentos a la acción de responsabilidad parental”, *REDI*, vol. 68 (2016), pp. 178-181.

¹⁶ Véase, en ese sentido, la sentencia de 17 de septiembre de 2020, *Landkreis Harburg* (Subrogación de un organismo público en la posición del acreedor de alimentos), as. C 540/19 (EU:C:2020:732), apartado 30 y jurisprudencia ahí citada.

¹⁷ Vid. R. ESPINOSA CALABUIG, “Las obligaciones alimenticias hacia el menor y su relación con la responsabilidad parental: los Reglamentos 4/2009 y 2201/2003”, en BARUFFI, C. Y CAFARI PANICO, R., *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Cedam, 2009, p. 71.

¹⁸ Vid. M. A. RODRIGUEZ VÁZQUEZ, “La regulación del reglamento 4/2009 en materia de obligaciones de alimentos: competencia judicial internacional, ley aplicable y reconocimiento y ejecución de sentencias”, *REEI*, nº 19, 2010, pp. 1-30.

¹⁹ Vid. W. DUNCAN, “The New Hague Convention of 23 November 2007 in the International Recovery of Child Support and Other Forms of Family Maintenance”, *Yearbook of Private International Law*, vol. X, 2008, pp. 313-332.

²⁰ Vid. STJUE de 5 de septiembre de 2019, R (Competencia responsabilidad parental y obligación de alimentos), as. C468/18 (EU:C:2019:666), apartado 46 y jurisprudencia ahí citada.

²¹ Vid., en este sentido, STJUE de 12 de mayo de 2022, W. J. (Cambio de residencia habitual del acreedor de alimentos), as. C644/20 (EU:C:2022:371), apartado 63.

donde tiene el centro habitual de su vida, su entorno social y familiar²². La principal ventaja que esa conexión presenta es la de determinar la existencia y el importe de la obligación alimenticia teniendo en cuenta las condiciones jurídicas y fácticas del ámbito social del Estado donde el acreedor vive y ejerce esencialmente sus actividades²³. Para la integración de este concepto en cada caso concreto operan los mismos factores que para la materia matrimonial, siendo necesaria la concurrencia tanto de la voluntad de la persona de fijar su centro habitual de vida en un determinado lugar (*animus manendi*) como su presencia con grado suficiente de estabilidad en ese territorio (apdos. 53 y 56 de la Sentencia).

9. De la aplicación de la doctrina anteriormente referida sobre la concreción del criterio residencia habitual en el ámbito de los dos Reglamentos al asunto que nos ocupa, resulta razonablemente previsible el fallo al que llega el tribunal. En el litigio principal, los cónyuges contrajeron matrimonio en la Embajada de España en Guinea-Bisáu residiendo en ese Estado desde agosto de 2010 hasta febrero de 2015, cuando se trasladaron a Togo, Estado en el que, a pesar de su separación de hecho desde julio de 2018, seguían residiendo, al igual que sus dos hijos, sin que de los datos obrantes pudiera deducirse la concurrencia de los dos factores determinantes en la concreción del concepto residencia habitual -intencionalidad y grado suficiente de estabilidad-, tanto respecto de la pretensión en materia matrimonial como la relativa a las obligaciones de alimentos respecto de los menores.

Para el Tribunal, estos factores no se ven alterados, ni plantea excepcionalidad -por no ser elemento determinante-, la condición de agentes contractuales de la Unión de los cónyuges, cuando aquellos están destinados en una delegación en un tercer Estado en cumplimiento de las funciones conferidas, aunque se alegue respecto de ellos -como en el caso de autos por la demandante-, que en dicho tercer Estado gozan de estatus diplomático. En consecuencia, y en aplicación de anterior doctrina más que asentada, se concluye por el Tribunal que este elemento no puede influir en la interpretación del concepto de “residencia habitual” en el sentido de las disposiciones de competencia analizadas: el art. 3 apartado 1 letra a) del Reglamento Bruselas II *bis* (conclusiones extensibles para la aplicación del correlativo en el vigente Reglamento Bruselas II *ter*) y el art. 3 letras a) y b) del Reglamento Bruselas III²⁴. Por extensión, aunque no se recoja expresamente en la sentencia -ya que no se solicita dentro de esta primera cuestión prejudicial por el tribunal remitente-, cabe deducir de forma lógica que tampoco este factor puede resultar determinante para concretar la residencia habitual de los menores en un Estado miembro para localizar las autoridades competentes para conocer de las pretensiones vinculadas a la responsabilidad parental con base en el art. 8 del Reglamento Bruselas II *bis* (art. 7 del vigente Reglamento Bruselas II *ter*), de conformidad con los elementos específicos establecidos por la doctrina del Tribunal de Justicia para la concreción autónoma de este criterio en este particular ámbito material a los que nos referiremos a continuación²⁵.

El presupuesto del que parte el Tribunal para sus conclusiones es que en el litigio principal ni los cónyuges ni sus hijos gozan de inmunidad diplomática según ningún Estado miembro (ni de conformidad con el Derecho internacional Público, esto es, según el Convenio de Viena de 1961, ni por la normativa europea aplicable en la materia: el Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades²⁶), tanto por su condición de agentes contractuales como por el carácter privado²⁷ de las acciones judiciales ante

²² *Ibid.* apartado 64.

²³ *Ibid.* apartado 65.

²⁴ *Vid.* Apdo. 66 y nº 1 del Fallo de la Sentencia.

²⁵ En la doctrina ya consolidada y la aportada con esta nueva Sentencia a la luz del contenido de la segunda cuestión prejudicial planteada.

²⁶ El art. 11, letra a), del Protocolo sobre los privilegios y las inmunidades se desprende que los funcionarios y los otros agentes de la Unión solo gozarán de inmunidad de jurisdicción en el territorio de los Estados miembros respecto de los actos realizados «con carácter oficial», esto es, en el marco de la misión confiada a la Unión. *Vid.* STJUE de 30 de noviembre de 2021, LR *Çenerālprokuratūra*, as. C 3/20, (EU:C:2021:969), apartado 56 y jurisprudencia allí citada.

²⁷ La inmunidad de jurisdicción no comprende las acciones judiciales cuyo objeto se refiera a relaciones de carácter privado, como las demandas entre cónyuges en materia matrimonial, de responsabilidad parental o de obligaciones de alimentos respecto de sus hijos; acciones estas que, por su propia naturaleza, no se vinculan a la participación del beneficiario de la inmunidad en el ejercicio de las funciones de la institución de la Unión a la que pertenece (art. 23 del Estatuto de los Funcionarios de la Unión Europea). Véase, en este sentido, STJCE de 11 de julio de 1968, *Sayag y Zurich*, 5/68 (EU:C:1968:42), p. 585.

la que nos encontramos. De esta suerte, el considerando 14²⁸ del Reglamento Bruselas II *bis* (invocado por la parte demandante, la madre) no resulta de aplicación al caso, ya que este solo opera cuando Estado miembro de referencia es competente con base en el instrumento pero no puede ejercer dicha competencia precisamente por esa inmunidad diplomática. Consecuentemente, en el asunto principal, los tribunales españoles -aunque en nuestro país no gocen de inmunidad los cónyuges ni los menores-, no pueden fundamentar su competencia en sus normas de fuente interna (en nuestro caso, en la LOPJ), porque no son competentes para conocer de la pretensión sobre la disolución del matrimonio con base en el instrumento europeo por cuanto que los cónyuges y los menores no tienen residencia habitual en España (en los términos expuestos por la madre demandante) sino en un tercer Estado (Togo). La misma conclusión se extrae respecto de las otras dos pretensiones instadas ante la jurisdicción española: sobre responsabilidad parental y obligaciones de alimentos, en la medida que el criterio de atribución de competencia sea la residencia habitual de las partes -o alguna de ellas- y el considerando 14 no hace precisión alguna en cuanto a su alcance en función de la materia.

10. En cuanto a la residencia habitual de los menores, en el sentido del art. 8, apartado 1, del Reglamento Bruselas II *bis*, previsto como regla general para el conocimiento de las pretensiones en materia de responsabilidad parental, este criterio constituye asimismo un concepto autónomo e independiente que será determinado en cada caso en función de las circunstancias particulares, lo que puede no resultar sencillo²⁹ -con la consecuente incidencia negativa en la deseada seguridad jurídica para las partes en el momento de litigar-. La “residencia habitual” es un concepto jurídico indeterminado en los textos europeos³⁰, de manera buscada por el legislador, en la medida que este factor cumple con los criterios esenciales del interés superior del menor³¹ y el de proximidad que operan e inspiran todos los instrumentos sobre protección de menores³². En aplicación de su doctrina ya consolidada³³, el Tribunal exige para su concreción, al menos, la presencia física de los menores en un determinado Estado miembro que no tenga en absoluto carácter temporal u ocasional y que refleje cierta integración de dichos menores en un entorno social y familiar³⁴, lo que corresponde al lugar en que se encuentra, en la práctica, su centro de vida³⁵. Los elementos para tomar en consideración a los efectos de determinar que concurren las dos condiciones necesarias son de muy diversa índole, entre otros, la duración, la regularidad, las condiciones y las razones de la permanencia del menor en el territorio de un Estado miembro, incluso la nacionalidad del menor; siendo que necesariamente varían los factores determinantes en función de la edad del menor de que se trate³⁶. Son relevantes, asimismo, el lugar y las condiciones de escolarización del menor, y sus relaciones familiares y sociales en el Estado miembro de que se trate³⁷. Ha sido objeto de jurisprudencia también la intencionalidad de los padres como elemento a tomar en consideración para concretar el criterio de residencia habitual de los menores a estos efectos, reconociendo que puede te-

²⁸ Que textualmente indica: *Si el órgano jurisdiccional competente en virtud del presente Reglamento no puede ejercer su competencia debido a la existencia de una inmunidad diplomática con arreglo al Derecho internacional, la competencia debe determinarse en el Estado miembro en el que la persona de que se trate no goce de inmunidad, con arreglo a la legislación de ese Estado.*

²⁹ Esta operación no resulta siempre tarea fácil para el operador jurídica nacional según las circunstancias particulares del caso en los supuestos transfronterizos. En este sentido, véase, N. MAGALLÓN ELÓSEGUI, “La difícil determinación de la residencia habitual del menor en los supuestos de responsabilidad parental”, *CDT*, Vol. 13, N.º. 2, 2021, pp. 819-828.

³⁰ *Vid.* S. GOYENCHE ECHEVERRÍA, “Residencia habitual del menor en un supuesto de responsabilidad parental: la compleja concreción de un concepto jurídico indeterminado”, *CDT*, Vol. 14, N.º. 2, 2022, pp. 1100-1107.

³¹ Opera, de hecho, como mecanismo de protección de los menores. En esta línea, véase, J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Protección de menores extranjeros en España. El criterio residencia habitual del menor”, en J. A. COBACHO GÓMEZ, F. LEGAZ CERVANTES (Dir.), *Protección civil y penal de los menores y de las personas mayores vulnerables en España*, Aranzadi, 2018, pp. 469-492

³² En esta línea expresamente se manifiesta el Considerando 12 del Reglamento Bruselas II *bis*. Lo que se confirma en su texto consolidado tras la revisión operada por el Reglamento 2019/1111, según su considerando 20.

³³ J. CARRASCOSA GONZÁLEZ, “Litigación internacional, responsabilidad parental y foro de la residencia habitual del menor en un estado miembro: un estudio jurisprudencial”, en *Protección de menores y derecho internacional privado* / M. A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ (Dir.), Comares, 2019, pp. 307-323.

³⁴ *Vid.* STJUE de 28 de junio de 2018, *HR*, as. C512/17 (EU:C:2018:513), apartado 41 y jurisprudencia allí citada.

³⁵ *Ibid.* apdo. 42.

³⁶ *Vid.* STJUE de 8 de junio de 2017, *OL*, as. C111/17 PPU (EU:C:2017:436), apartado 44 y jurisprudencia allí citada.

³⁷ Véase, en este sentido, la STJUE, As. C512/17, *loc. cit.* en su apartado 43.

nerse en cuenta cuando esta intencionalidad se expresa a través de determinadas circunstancias externas, como la compra o el alquiler de una vivienda en el Estado miembro de que se trate³⁸. En este contexto -en contestación a la segunda cuestión prejudicial planteada-, el Tribunal de Justicia aclara que el vínculo constituido por la nacionalidad de la madre y por la residencia de esta, antes de su matrimonio, en el Estado miembro al que pertenezca el tribunal ante el que se haya presentado una demanda en materia de responsabilidad parental no es pertinente a efectos de establecer la competencia de dicho tribunal, y que es insuficiente la circunstancia de que los menores hayan nacido en ese Estado miembro y tengan su nacionalidad -ya que si bien pueden constituir factores pertinentes, no son determinantes a la hora de identificar su lugar de residencia habitual³⁹-.

11. En definitiva, el Tribunal de Justicia en este aspecto viene a consolidar la doctrina ya marcada en sus anteriores resoluciones, manteniendo la necesidad de un análisis de las circunstancias concretas en cada caso para delimitar el concepto autónomo e independiente de “residencia habitual” en función del contexto y objetivos del instrumento aplicable, estableciendo condiciones específicas y factores determinantes para su localización según el ámbito material en el que se encaja la pretensión que se demanda.

2. Condiciones de aplicabilidad de las normas de competencia en defecto de tribunal de Estado miembro competente

12. La interpretación del concepto de “residencia habitual” podría llevar a que, en la medida que se concluya que las partes tienen su residencia habitual en un tercer Estado -como en asunto de referencia a la vista de las circunstancias del litigio principal-, no fuera competente ningún tribunal de un Estado miembro, en virtud de las reglas de competencia generales y conexas del Reglamento Bruselas II⁴⁰, para pronunciarse sobre una demanda de disolución del matrimonio y en materia de responsabilidad parental, así como de las normas de competencia del Reglamento Bruselas III, para resolver sobre la pretensión sobre obligaciones de alimentos. Precisamente a estas circunstancias se refiere la segunda gran cuestión de Derecho internacional privado que se resuelve por el Tribunal en el ámbito de la competencia (cuarta y quinta cuestiones prejudiciales), esto es, a determinar las condiciones en las que un tribunal de un Estado miembro ante el que se haya presentado la demanda puede establecer su competencia para pronunciarse en materia de divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos cuando, en principio, no resulte competente ningún tribunal de un Estado miembro.

13. Son dos las vías posibles que los correspondientes instrumentos prevén ante un supuesto de este tipo. El Reglamento Bruselas II *bis/ter* a este respecto ha optado por articular dos reglas de competencia residual para las dos materias cubiertas por el instrumento, eliminando cualquier solución vía foro de necesidad; a saber, las regla del art. 7 para materia matrimonial, y del art. 14 en materia de responsabilidad parental, aunque con distinto alcance y aplicabilidad -y consecuencias prácticas- de conformidad con la reciente doctrina que sirve de base al presente estudio. Por su parte, en el Reglamento Bruselas

³⁸ *Ibid.* apartado 46 y jurisprudencia allí citada.

³⁹ *Vid.* apartado 72 de la sentencia C-501/20 y jurisprudencia allí referida.

⁴⁰ La posible competencia por los Estados miembros de pretensiones en materia de responsabilidad parental cuando los menores no residen dentro de la UE, a la luz del Reglamento Bruselas II, no es un supuesto nuevo, sino que ya ha sido abordado por el Tribunal de Justicia, con referencia a la operatividad y alcance de los foros de conexión del art. 12 apartados 1 y 3 del Reglamento, con su correspondiente análisis por la doctrina *ius privatista*. En este sentido véase, “Competencia de un tribunal de un Estado miembro que no es el de la residencia habitual del menor en materia de responsabilidad parental”, *La Ley Unión Europea*, mes 21, 2014, pp. 75-76, y jurisprudencia allí referida. Desde la perspectiva de la jurisdicción española, una análisis específico de esta cuestión puede verse en, M. HERRANZ BALLESTEROS, “Competencia judicial internacional de las autoridades españolas sobre menores con residencia habitual en terceros Estados”, en *El derecho internacional privado entre la tradición y la innovación: libro homenaje al profesor doctor José María Espinar Vicente* / E. Pérez Vera, et al. (Eds.), 2020, Iprolex, pp. 401-410; I. LORENTE MARTÍNEZ, “Divorcio en España y menores con residencia habitual fuera de la Unión Europea”, en *Protección de menores y derecho internacional privado* / M. A. CEBRIÁN SALVAT, I. LORENTE MARTÍNEZ (Dirs.), Comares, 2019, pp. 103-115.

III, para el ámbito de las obligaciones de alimentos, opera el *forum necessitatis* del art. 7, en defecto de Estado miembro competente para conocer con base en los arts. 3 a 5, y ante la imposibilidad de aplicar la competencia subsidiaria del art. 6 (foro de la nacionalidad común de las partes).

Si bien en ambas soluciones -competencia residual en materia matrimonial y foro de necesidad en obligaciones de alimentos- el Tribunal de Justicia atribuye a la nacionalidad la condición de elemento o factor relevante para la concreción del tribunal de Estado miembro competente, su incidencia en una y otra aproximación no tiene ni mucho menos la misma relevancia ni consecuencias en la práctica transfronteriza, como se verá a continuación.

A) Alcance restringido de la competencia residual en función de la materia en el Reglamento Bruselas II

14. Es en ámbito de la argumentación esgrimida por el Tribunal de Justicia para contestar la cuarta de las cuestiones prejudiciales planteadas, relativa a las condiciones de aplicabilidad de las cláusulas de competencia residual contenidas en los arts. 7 y 14 del Reglamento Bruselas II *bis*, cuando el demandado en el litigio principal es nacional de un Estado miembro, la que puede manifestar mayores consideraciones, en especial respecto de las pretensiones en materia matrimonial.

Para el Tribunal de Justicia, en el caso de que ningún Estado miembro fuera competente para conocer de las pretensiones en materias cubiertas de conformidad con el Reglamento Bruselas II *bis/ter*, los arts. 7 y 14 de dicho instrumento, respectivamente, podrían autorizar a un tribunal miembro ante el que se haya presentado la demanda, a aplicar para ambas materias las reglas de competencia de Derecho interno, si bien con un alcance diferente en cada uno de los dos casos. En materia de responsabilidad parental, el hecho de que el demandado sea nacional de otro Estado miembro no constituye un obstáculo para que el tribunal del Estado miembro ante el que se haya presentado la demanda reconozca su competencia según su Ley nacional, lo que sí ocurre en materia matrimonial. De esta suerte, es más que posible la fragmentación de foros para el conocimiento de las distintas pretensiones: crisis matrimonial por un lado, y medidas sobre responsabilidad parental, por otro, en aquellos casos en los que haya de acudir a las normas de competencia residual respectivas por no encontrar ningún Estado miembro competente para conocer de la demanda. Ahora bien, el problema aquí no es el fraccionamiento de los foros cuando se trate de acciones accesorias o conectadas - ya que con ello necesariamente no se perjudica el interés superior del menor⁴¹, de obligado respeto de conformidad con los considerandos 12 y 33 del Reglamento-, sino de cómo se llega a concretar esa competencia residual por parte del tribunal en cada caso.

15. La interpretación y alcance de las reglas de competencia residual previstas en los arts. 7 y 14 del Reglamento Bruselas II *bis* (y en su sucesor, en los mismos preceptos) según el ámbito material en el que nos encontremos, se determina por el Tribunal de Justicia en función del carácter -exclusivo o no- de las normas de competencia contenidas y por su relación con las normas jurisdiccionales autónomas de los Estados miembros vinculados -en las materias cubiertas- respecto de los ciudadanos nacionales de la Unión pero residentes en terceros Estados. En definitiva, se delimita el alcance personal del instrumento de forma distinta según el ámbito material ante el que nos encontremos y, consecuentemente, la operatividad de las normas de competencia nacionales del Estado miembro del foro a través de la vía de la regla de la competencia residual.

16. Para las pretensiones cubiertas por la materia responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II, en el supuesto de que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro resulte competente de acuerdo con los artículos 8 a 13, la aproximación el Tribunal resulta totalmente distinta respecto de la competencia residual del art. 14 en relación con el artículo 7. En caso de que no fuera posible considerar competente a un órgano jurisdiccional de un Estado miembro en virtud de las disposiciones sobre responsabilidad parental del Reglamento Bruselas II *bis*, como en el asunto principal -ya que la presencia

⁴¹ *Vid.* apartados 94 y 95 de la Sentencia C-501/20.

física del menor en un Estado miembro es un requisito previo para demostrar su residencia habitual en él⁴²-, el Tribunal resuelve que cada Estado miembro seguiría teniendo la facultad, de conformidad con el artículo 14, de fundar la competencia de sus propios órganos jurisdiccionales basándose en normas de Derecho interno, apartándose así del criterio de la proximidad en el que se basan las disposiciones del Reglamento (apdo. 90)⁴³. Consecuentemente, el artículo 14 del Reglamento, tal y como es interpretado por el Tribunal, no obsta para que, a fin de determinar su propia competencia, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que conoce del asunto aplique sus normas de Derecho interno, incluida, en su caso, la basada en la nacionalidad del menor, aun cuando el padre, el demandado, sea nacional de un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece dicho órgano jurisdiccional.

La solución articulada para la competencia residual en materia de responsabilidad parental, que dista de la aproximación seguida en esta cuestión para la materia matrimonial, supone como ya se ha anticipado, el posible fraccionamiento de los foros en función de las pretensiones (materia matrimonial y responsabilidad parental), cuando la residencia habitual de las partes se ubique en terceros Estados y no resulte competente ningún Estado miembro con base en el Reglamento. Partiendo del hecho de que ese fraccionamiento puede producirse por la propia sistemática del Reglamento cuando se trate de medidas de responsabilidad parental vinculadas a un procedimiento en materia matrimonial (al articular distintas normas de competencia generales según materia, aunque pueda eliminarse por voluntad expresa de las partes cuando se traten de acciones accesorias⁴⁴, a tenor de art. 12 apartados 1 y 3), esta situación no tiene que resultar incompatible con el interés superior del menor⁴⁵. De hecho, en un supuesto como el de referencia, en el que el menor tiene residencia habitual en un tercer Estado que no es parte del Convenio de la Haya de 1996⁴⁶ (como es caso de Togo), operaría el apartado 4º del art. 12 del Reglamento Bruselas II *bis*, según el cual se presumirá que la competencia basada, en particular, en el apartado 3 -por la nacionalidad del menor de un Estado miembro- es en beneficio del menor, en especial cuando un procedimiento resulte imposible en el tercer Estado de que se trate.

17. En lo que respecta a la materia matrimonial, el Tribunal de Justicia aproxima su fallo desde el ámbito de aplicación personal del instrumento en este sector material, con base en el carácter exclusivo de los foros de competencia objetivos previstos. En el Reglamento Bruselas II *bis*, el art. 6 determina, en parte -según se desprende de la Sentencia analizada-, el ámbito personal del instrumento en materia de crisis matrimonial mediante la calificación como exclusivas de las normas de competencia contenidas en los artículos 3 (competencia general), 4 (demanda reconvenzional) y 5 (conversión de la separación judicial en divorcio). El carácter expresamente exclusivo de las competencias establecidas en estos preceptos conduce a que el cónyuge demandado que o bien tenga residencia habitual en un Estado miembro o bien sea nacional de un Estado miembro (o tenga su *domicile* para el caso de Irlanda en dicho territorio) solo podrá ser demandado en los tribunales de los Estados miembros designados en estos preceptos (arts. 3, 4 y 5)⁴⁷; lo que conlleva el control de oficio de la competencia judicial por los tribunales si se verifica ese ámbito personal/espacial de aplicación de las reglas exclusivas. De esta forma, se protege jurisdiccionalmente a los cónyuges que cumplan estas condiciones personales, ya que solo se les puede demandar en los foros razonables recogidos en el Reglamento. Pero es posible que dándose alguno de los elementos personales indicados no resulte competente ningún tribunal de Estado miembro, al no darse los criterios de conexión o de atribución de competencia previstos en estos artículos. Es entonces cuando se alza el art. 7 del Reglamento Bruselas II *bis*, completando el “diseño” del ámbito de

⁴² De conformidad con los apartados 70 a 78 de la Sentencia analizada.

⁴³ Siguiendo la doctrina ya asentada en este sentido. *Vid.* la STJUE de 17 de octubre de 2018, *UD*, as. C393/18 PPU (EU:C:2018:835), apartado 57.

⁴⁴ *Vid.* R. CARO GÁNDARA, “La determinación de la residencia habitual del demandante y de los menores en litigios sobre crisis matrimoniales y responsabilidad parental accesorias”, en J. A. Robles Garzón (Coord.) *Reflexiones jurídicas sobre cuestiones actuales*, Aranzadi, 2017, pp. 161-174.

⁴⁵ *Vid.* apartados 92 a 95 de la Sentencia analizada, y jurisprudencia allí recibida.

⁴⁶ Convenio 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, hecho en La Haya el 19 de octubre de 1996.

⁴⁷ Eliminando cualquier posibilidad de aplicar las normas nacionales de competencia. *Vid.* STJCE de 29 de noviembre de 2007, *Sundelind López*, as. C 68/07 (EU:C:2007:740), apartado 22

aplicación personal del instrumento europeo en esta materia -siguiendo la aproximación del Tribunal de Justicia-, estableciendo que si de los artículos 3, 4 y 5 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 Estado⁴⁸.

Tomados por separado, este último precepto (art. 7) parece que permitiera recurrir a las normas de jurisdicción nacional del Estado miembro del foro simplemente verificando que no concurren ninguno de los criterios de conexión que se definen en los artículos 3, 4 y 5 en favor de otro Estado miembro, se den o no las condiciones personales descritas en el art. 6 (letras a y b) para asegurar la aplicación de estos artículos de carácter exclusivo. Ahora bien, precisamente la cuarta cuestión prejudicial planteada parece que hace referencia a esa conexión entre el artículo 6 (letra b) y el artículo 7, en el sentido de si el primero condiciona el alcance o funcionamiento del segundo, en la medida que se pregunta si la nacionalidad del demandado en el litigio principal condiciona la aplicación de las normas nacionales de jurisdicción del foro como regla de competencia residual.

Para el Tribunal de Justicia, en la medida que ambos preceptos delimitan por completo el ámbito personal del instrumento en materia matrimonial, parece que el legislador europeo buscaba una sistemática de arquitectura complementaria y dependiente de estos dos preceptos, lo que conduce a que realice una interpretación condicionada de la competencia residual del art. 7, en el siguiente sentido: si concurre alguna de las condiciones personales del demandado previstas en el art. 6 (en particular en su letra b)⁴⁹, y el tribunal del foro no tiene competencia sobre la base de los arts. 3, 4 o 5, y ningún otro Estado miembro, no podrá recurrir a sus normas de jurisdicción de fuente interna para fundamentar su competencia, como ocurre en el asunto principal al ser el cónyuge demandado nacional de otro Estado miembro (nacional portugués). En consecuencia, para el Tribunal, en materia matrimonial, esa competencia residual del tribunal del Estado miembro ante el que se haya presentado la demanda queda excluida cuando el demandado es nacional de otro Estado miembro, pero sin que ello obste a la competencia de los tribunales de la nacionalidad del Estado miembro del demandado en virtud de su Derecho interno (apdos. 87 y 96 y n.º 3 del fallo). Esto en la práctica supone limitar el recurso de la competencia residual en materia matrimonial, del art. 7 del Reglamento Bruselas II, única y exclusivamente a los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del cónyuge demandado (cuando tengan nacionalidades distintas los cónyuges) y se tenga residencia fuera de la UE, con las consecuencias que ello pueda conllevar.

B) La nacionalidad del demandante como foro encubierto en materia matrimonial como solución y supuestos claudicantes

18. La solución por la que opta el tribunal de Justicia con la interpretación restrictiva del recurso la competencia residual en materia matrimonial del art. 7, que limita su utilización únicamente para los tribunales del Estado miembro de nacionalidad del demandado, cuando no resulte ningún Estado miembro competente con base en los foros del Reglamento Bruselas II *bis* (arts. 3 a 5), en la práctica supone que se abra la puerta a un foro de nacionalidad del demandado, cuando se tenga residencia fuera de la Unión, que le permitirá al cónyuge ser demandado por divorcio, separación o nulidad ante los tribunales de su Estado miembro si en su Ley nacional se recoge ese tipo de foro -por otro lado, exorbitante- de competencia. La conveniencia de la creación encubierta o escondida de un foro de esta naturaleza vía jurisprudencial choca frontalmente con los objetivos y principios inspiradores de los instrumentos europeo sobre competencia judicial internacional.

⁴⁸ *Vid.* STJUE de 29 noviembre 2007, C-68/07, *Kerstin Sundelind Lopez vs. Miguel Enrique López Lizazo* [ECLI:EU:C:2007:740]; SAP Barcelona 18 diciembre 2013 [CENDOJ 08019370122013100918]; AAP Madrid 21 noviembre 2008 [CENDOJ 28079370222008200348].

⁴⁹ En la medida que en los supuestos en los que el demandado localice su residencia habitual en un Estado miembro, obviamente concurre uno de los criterios de conexión del art. 3 apartado 1 letra a) que reconoce la competencia de la jurisdicción nacional de dicho Estado miembro de residencia; por lo que no cabría plantearse el recurso a la competencia residual del art. 7 Reglamento Bruselas II *bis* (y en los mismos términos para la aplicación del art. 7 del Reglamento Bruselas II *ter*).

La mera nacionalidad de las partes no se prevé como criterio de atribución de competencia en ningún instrumento europeo, por considerarse un foro exorbitante, tanto en su versión *forum actoris* como ahora un eventual foro basado en la nacionalidad del demandado. La razón de esta exclusión es evidente, ya que no es un foro de proximidad que permita el acceso a la justicia en términos equitativos para cualesquiera de las partes en litigio, que son los principios que inspiran -o deben inspirar- los textos europeos de esta naturaleza⁵⁰. De esta suerte, el criterio de nacionalidad de una de las partes, como única base competencia para que la jurisdicción nacional de un Estado miembro conozca de la pretensión, puede resultar contrario al art. 6 apartado 1 del CEDH y en el ámbito de las relaciones intracomunitarias al correlativo art. 47 de la CDFUE. Precisamente en la materia referida, crisis matrimonial, en los foros de competencia generales, objetivos, alternativos y exclusivos⁵¹ que el Reglamento Bruselas II *bis* recoge en su art. 3 apartado 1 letras a) y b) (y su sucesor el Reglamento Bruselas II *ter*, por cuanto que mantiene los mismos criterios) la nacionalidad de una de las partes en litigio no atribuye competencia a los órganos jurisdiccionales de los Estados miembros, sino que requiere requisitos accesorios que aseguren la proximidad del foro al litigio: bien porque sea el Estado de la nacionalidad común de las partes (art. 3, apartado 1 letra b), bien porque sea el país de nacionalidad del demandante cuando hubiera estado residiendo habitualmente en su territorio al menos seis meses antes de la presentación de la demanda (art. 3, apartado 1, regla 6ª). A mayor abundamiento, aunque fuera del ámbito matrimonial, encontramos supuestos en los que el legislador europeo va más allá e incluso elimina la eficacia del posible recurso a este criterio de conexión: nacionalidad de alguna de las partes, para fundamentar la competencia el tribunal del Estado miembro del foro en aplicación de su propio sistema nacional en materias cubiertas por los instrumentos. Así, solo ha de referirse la previsión que en este sentido recoge expresamente el Reglamento Bruselas III, últimos incisos, del art. 3 en sus letras c) y d), para determinar la competencia por conexión de los tribunales de los Estados miembros en materia de alimentos, cuando éstas sean acciones accesorias de otras en materia de estado civil o de responsabilidad parental: “salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes”.

19. Asimismo, la aproximación que por el Tribunal se establece del funcionamiento y alcance de la competencia residual prevista en el art. 7 Reglamento, puede conducir a supuestos claudicantes en la práctica, desvirtuando precisamente las razones por las que esta regla se incorporó en el instrumento (así como en su sucesor, el Reglamento Bruselas II *ter*). Básicamente la competencia residual busca evitar, por un lado, el problema que se plantearía en el caso de que los tribunales de un tercer Estado, típicamente el de residencia habitual de los cónyuges –Togo en el caso del litigio principal-, no tengan reconocida competencia judicial internacional para conocer del litigio sobre crisis matrimonial; y, por otro, para el caso de que sí dispongan de competencia los tribunales de terceros Estados, que puedan dictar resolución en la materia que sea inefectiva, es decir, claudicante, dentro de la UE. Según el fallo del Tribunal de Justicia, en la medida que los cónyuges demandados sean nacionales de un Estado miembro no pueden ser demandados ante los tribunales de un Estado miembro con arreglo a sus foros nacionales de competencia internacional, sino que deben aplicarse necesaria y exclusivamente los arts. 3, 4 o 5 del Reglamento Bruselas II⁵², y solo en su defecto, en ausencia de Estado miembro competente según estos preceptos, al demandante solo le queda la opción de demandar ante los tribunales del Estado miembro de nacionalidad del demandado, que decidirán si son o no competentes según su Derecho nacional; lo que podría llevar como resultado que en aplicación de ese sistema nacional de competencia resultara igualmente no competente la jurisdicción del foro -por no recoger la mera nacionalidad como criterio de competencia-, entrando en un absurdo supuesto de denegación de justicia, que es precisamente lo que se pretendía evitar.

Pongamos un ejemplo en el que se daría un supuesto de denegación de justicia a los nacionales de los Estados miembros por tener residencia habitual en tercer Estado como consecuencia de esta interpretación restrictiva de la competencia residual del Estado miembro que pueda conocer de la demanda. Tomaremos para ello el supuesto de hecho objeto de análisis al revés, siendo que la parte demandante fuera

⁵⁰ En aras de la buena Administración de justicia, que incide tanto desde el punto de vista de la optimización de la organización judicial como desde la perspectiva del interés de las partes, demandante y demandado, en el acceso simplificado a la justicia y en la previsibilidad de las reglas de competencia.

⁵¹ Siguiendo la argumentación del propio TJUE en la sentencia C-501/20, en su apartado 41.

⁵² Y en los mismos términos si tienen su residencia habitual en un Estado miembro.

el cónyuge nacional portugués y la demandada la nacional española, planteando la pretensión en materia matrimonial ante los tribunales portugueses. Partiendo de que los cónyuges residen habitualmente en un tercer Estado -en Togo- y que no hay ningún Estado miembro que pueda conocer con base en los arts. 3,4 o 5, por no darse las condiciones en ellos indicadas, la consecuencia directa de esta nueva doctrina jurisprudencial llevaría necesariamente a los tribunales Portugueses a declinar su competencia sin poder acudir a sus normas de Derecho nacional para establecer su competencia, teniendo el demandante que acudir necesariamente a los tribunales españoles. El tribunal español tendría que buscar su competencia en la LOPJ, en concreto en el art. 22 *quáter* letra c). Según este precepto, en materia de relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, nulidad matrimonial, separación y divorcio y sus modificaciones, solo en caso de que ningún otro Tribunal extranjero tenga competencia -lo que en el caso de nuestro ejemplo la competencia sería previsiblemente de Togo como residencia habitual común de los cónyuges al tiempo de la demanda-, España podía entrar a conocer cuando *ambos cónyuges posean residencia habitual en España al tiempo de la interposición de la demanda o cuando hayan tenido en España su última residencia habitual y uno de ellos resida allí, o cuando España sea la residencia habitual del demandado, o, en caso de demanda de mutuo acuerdo, cuando en España resida uno de los cónyuges, o cuando el demandante lleve al menos un año de residencia habitual en España desde la interposición de la demanda, o cuando el demandante sea español y tenga su residencia habitual en España al menos seis meses antes de la interposición de la demanda, así como cuando ambos cónyuges tengan nacionalidad española*. Según las circunstancias del caso expuesto, no concurren ninguna de las conexiones con nuestro país para poder establecer la competencia para conocer de esta pretensión. En definitiva, en la medida que el legislador nacional se “inspira” en los foros previstos en el art. 3 apartado 1 letras a) y b) del Reglamento Bruselas II para la formulación unilateral de la competencia de nuestros tribunales en esta materia, si no se dan las condiciones del Reglamento, tampoco pueden darse las de la LOPJ. Consecuentemente, los tribunales españoles en aplicación del art. 22 *octies* apartado 3 párrafo primero de la LOPJ, deberían declararse incompetentes, sin que pudieran recurrir el *forum necessitatis* del segundo párrafo de esta disposición -siempre si se considera que la nacionalidad de la demandada fuera conexión suficiente con España en el litigio- salvo que los tribunales de Togo hubieran declinado su competencia.

En definitiva y en conclusión, de esta esta reciente Sentencia parece que se obliga a litigar en materia matrimonial en terceros países (generalmente el de residencia) a los ciudadanos europeos que, aun siendo nacionales de dos Estados miembros, no cuenten con residencia habitual dentro de la UE, pues no pueden divorciarse ante tribunales de ningún Estado miembro (de acuerdo con el Reglamento). Podría plantearse la eventual articulación de un foro de necesidad en favor de los Estados miembros para conocer de esta materia en estos casos cuando de *iure* o de *facto* en ese tercer Estado (típicamente el de residencia habitual de los cónyuges) no pudiera seguirse de manera adecuada y con plenas garantías para las partes dicho procedimiento o fueran tan gravosos los costes de litigación allí que condujera en la práctica a un supuesto de denegación de acceso a la justicia para las partes. No obstante, esta posibilidad no ha sido abordada por el Tribunal de Justicia en la sentencia, quizá por hecho de que esta figura no está prevista en el instrumento⁵³ de forma buscada por el legislador europeo, a diferencia de lo que ocurre en otros textos en los que sí se prevé: por ejemplo, en el Reglamento Bruselas III en su art. 7 -objeto precisamente de la 5ª cuestión prejudicial-, o el art. 11 del Reglamento nº 650/2012 Sucesorio europeo.

20. El razonamiento que hace el tribunal para llegar a este pronunciamiento en el fallo, esto es, las conclusiones a las que llega en relación con el art. 7 del Reglamento Bruselas II *bis*, pueden ser discutibles (en particular por las consecuencias prácticas a las que conducen), por lo que cabría replantearse si están o no justificadas respecto del instrumento de referencia, pero también en relación con su sucesor, el nuevo Reglamento Bruselas II *ter*. En el ya vigente Reglamento, el art. 6, bajo la denominación “competencia residual”, contempla las condiciones de funcionamiento de la regla competencia residual y el alcance de las reglas de competencia en materia matrimonial (contenidas en los arts. 3 a 5). De esta forma se unifica en una única disposición, lo que hasta ahora se recogía en dos artículos en el Reglamento Bruselas

⁵³ En ninguna de las versiones del Reglamento Bruselas II, por lo que parece que no se quiere que esta opción opere en el marco de las crisis matrimoniales transfronterizas, o en materia de responsabilidad parental.

II *bis* (arts. 6 y 7), esto es, el alcance personal de aplicación del instrumento en este ámbito material y su relación con el Derecho nacional de competencia de los Estados miembros. Parece que la unificación en este sentido resulta coherente con el razonamiento del Tribunal de la sistemática interna del instrumento europeo en el diseño de su ámbito personal de aplicación, en el que fundamenta el alcance limitado de la competencia residual. Ahora bien, cabría plantearse si es posible extender sin problemas esta fundamentación al nuevo texto. El punto de partida del razonamiento del Tribunal está en la naturaleza o carácter exclusivo de los foros de competencia recogidos en los arts. 3,4 y 5, de conformidad con el propio título del art. 6 del Reglamento Bruselas II *bis* (apdos. 41, 83 y 84 de la Sentencia), habiendo sido eliminando el adjetivo exclusivo de su terminología en relación con estos foros en materia matrimonial en el nuevo texto reglamentario. El nuevo instrumento prevé una única disposición que contiene en términos generales esencialmente lo mismo que los artículos 6 y 7 del Reglamento Bruselas II *bis*, pero se ha optado por centrar la cuestión en la competencia residual, si se tiene en consideración el título de la disposición. Se ha eliminado cualquier referencia al carácter exclusivo de las normas de competencia previstas en esta materia, lo que cabría plantearse si ha sido buscado conscientemente por el legislador europeo, ya que cuando quiere utiliza este adjetivo de forma expresa dentro de este mismo instrumento. Así, en este sentido -como exclusiva- define la competencia en materia de responsabilidad parental de los tribunales designados/elegidos por las partes en virtud del art. 10 de conformidad con su apartado 4º y en sus artículos concordantes (art. 12 apartado 5, art. 13 apartado 4 y 5, lo que se ratifica en el Considerando 38).

21. Por todo lo anterior, y en consecuencia, la solución a la que ahora llega el Tribunal de Justicia sobre la interpretación de la competencia residual en materia matrimonial en el Reglamento Bruselas II *bis/ter*, no parece justificada, quizá sea una huida hacia adelante del Tribunal ante un defecto del instrumento (tanto el su versión *bis* como para el vigente Bruselas II *ter*), tratando de dar una solución cuando se carece de foro de necesidad (lo que se podría haber subsanado en la versión consolidada del Reglamento, viendo la experiencia con el Reglamento 2201⁵⁴). Una solución que desde esta perspectiva resulta errónea, pues crea de manera encubierta un foro de nacionalidad del demandado, cuando se tenga residencia fuera de la Unión, que le permitirá al cónyuge ser demandado por divorcio (crisis matrimonial, en general) ante los tribunales de su Estado miembro si en su Ley nacional se recoge ese tipo de foro -exorbitante- de competencia. Pero por otro lado, esta solución también plantea el problema de no poder evitar supuestos claudicantes -que es precisamente lo que justifica la previsión de normas de competencia residual-, en el caso de que la Ley nacional de competencia de ese Estado miembro de nacionalidad del demandado no recoja este tipo de foros de competencia judicial internacional debiendo declinar su competencia, siendo esta la única jurisdicción que puede acudir a la competencia residual del art. 7 del Reglamento por la interpretación restrictiva del Tribunal.

C) El *forum necessitatis* para obligaciones de alimentos ante supuestos de denegación de justicia

22. Por último, en materia de obligación de alimentos el instrumento europeo aplicable prevé otro marco cuando el conjunto de partes del litigio no reside habitualmente en un Estado miembro, y no resulte competente ningún tribunal de Estado miembro con fundamento en la reglas de los arts. 3,4 y 5, y en defecto de competencia subsidiaria del art. 6⁵⁵ (nacionalidad común de las partes)⁵⁶. En ese caso, como

⁵⁴ Vid. M. A. SÁNCHEZ JIMÉNEZ, "Divorcio entre cónyuges del mismo sexo como paradigma de la ineludible incorporación del *forum necessitatis* al reglamento Bruselas II bis". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2019, Nº. 63, PP. 407-448.

⁵⁵ Es la primera vez que un Reglamento comunitario establece una regulación uniforme de la competencia judicial internacional sin hacer remisiones expresas al Derecho nacional del foro. Vid. F. POCAR, "La disciplina comunitaria della giurisdizione in tema di alimenti: il Regolamento 4/2009", en BARUFFI, C. Y CAFARI PANICO, R., (a cura di), *Le nuove competenze comunitarie. Obbligazioni alimentari e successioni*, Cedam, 2009, pp. 12-14.

⁵⁶ El art. 7 solo opera en defecto de los arts 3 a 6 del Reglamento, aunque el precepto no haga referencia al art. 6 en su enunciado; por lo que no puede entenderse como una opción alternativa para el demandante entre el art. 6 y el 7. Vid., S. ÁLVAREZ GONZÁLEZ, "El Reglamento 4/2009/CE sobre obligaciones alimenticias: Cuestiones escogidas", *La Ley UE*, nº 7230, 31 de julio de 2009, en esp. p.9.

en el de autos, ha de acudir al art. 7 del Reglamento Bruselas III (nº 4/2009) como foro de necesidad. Este precepto establece cuatro requisitos acumulativos para que un tribunal de un Estado miembro pueda declarar excepcionalmente su competencia en virtud de un estado de necesidad (*forum necessitatis*). En primer lugar, el tribunal al que se haya presentado la demanda sobre alimentos deberá comprobar que en el sentido de los arts. 3 a 6 del Reglamento no sea competente ningún tribunal de un Estado miembro. En segundo lugar, el litigio en cuestión deberá manifestar estrecha vinculación con un tercer Estado, como así sucede cuando todas las partes implicadas tienen allí su residencia habitual. En tercer lugar, es necesario que el procedimiento no pueda razonablemente introducirse o llevarse a cabo en ese tercer Estado, o resulte imposible en él. El análisis del acceso a la justicia en ese tercer Estado debe hacerse a la vista de las circunstancias del caso concreto, para determinar si este está obstaculizado, de hecho o de Derecho, en particular debido a la aplicación de condiciones procesales discriminatorias o contrarias a un proceso justo. En último y cuarto lugar, el litigio deberá guardar una conexión suficiente con el Estado miembro del tribunal ante el que se haya presentado la demanda, que podrá basarse, en particular, en la nacionalidad de las partes.

23. En la sentencia de 21 de agosto de 2022, el Tribunal de Justicia realiza ciertas precisiones respecto de los cuatro requisitos acumulativos exigidos para que el recurso excepcional a este foro, por estado de necesidad, evite supuestos reales de denegación de justicia. En cuanto al cumplimiento del primer requisito, no es suficiente con que el tribunal del foro (ante el que se ha presentado la demanda) verifique no es competente de conformidad con los artículos 3 a 6 del Reglamento, sino que debe constatar que no existe ningún otro tribunal de otro Estado miembro que pueda conocer en virtud de dichos artículos –en particular, cuando se inicien procedimientos ante varios órganos jurisdiccionales–.

En el asunto de referencia, en el que por los hechos obrantes en autos, por el tribunal remitente se parte de la premisa de que la residencia habitual de las partes se encuentra situada en un tercer Estado (demandado y acreedor/es de alimentos), por lo que no se cumplirían en principio los criterios establecidos en el artículo 3, letras a) y b), respectivamente, del Reglamento no es, en consecuencia, suficiente para constatar que ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente con arreglo a los artículos 3 a 6 de dicho Reglamento, en el sentido de su artículo 7. De esta suerte, corresponde también al órgano jurisdiccional remitente comprobar que él y los órganos jurisdiccionales de los demás Estados miembros no sean competentes para pronunciarse sobre dicha pretensión en virtud de los criterios de competencia enumerados en el artículo 3, letras c) o d)⁵⁷, o en los artículos 4 a 6 del Reglamento⁵⁸. En este sentido, si como en el asunto de referencia el órgano jurisdiccional remitente no fuera competente para pronunciarse sobre la pretensión de disolución del matrimonio, pero pudiera serlo para pronunciarse sobre la pretensión relativa a la responsabilidad parental, por acción de la cláusula de competencia residual del art. 14 del Reglamento Bruselas II *bis*, con fundamento en su Derecho interno a través de disposiciones basadas en la nacionalidad de la demandante (como así se recoge en el art. 22 *quáter* letra d LOPJ), el órgano jurisdiccional remitente debería determinar si, debido a esa circunstancia y teniendo en cuenta el límite expreso del artículo 3, letra d) del Reglamento Bruselas III, carecería de competencia para conocer de la pretensión sobre el crédito de alimentos en favor de los hijos. Habida cuenta que para las demandas de alimentos en los que los acreedores sean menores de 18 años se excluye la posible autonomía jurisdiccional expresa del art. 4 del Reglamento (por lo que no opera esta disposición en el litigio principal analizado) y no parece que puede alegarse la existencia de una sumisión tácita en favor de la jurisdicción del tribunal remitente -ya que no hay elementos de prueba de la comparecencia del demandado ante el tribunal español- también quedaría fuera el foro del art. 5. No obstante, no parece que se haya descartado que los órganos jurisdiccionales portugueses puedan, en su caso, basar su competencia en el artículo 6 del Reglamento, dada la nacionalidad portuguesa común del padre y los menores, si estos últimos son parte en el procedimiento como acreedores de alimentos; lo que le corresponde comprobar al órgano jurisdiccional remitente.

⁵⁷ Que establecen foros de conexidad para conocer de las pretensiones de alimentos, cuando estas acciones fueran accesorias de otras demandas sobre estado civil o responsabilidad parental, en favor de los Estados miembros competentes para conocer sobre esas otras materias conexas según la ley del foro, salvo si esta competencia se basa únicamente en la nacionalidad de una de las partes.

⁵⁸ Un análisis pormenorizado de los foros de competencia previstos en este instrumento, en M. A. RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, “La regulación del reglamento 4/2009...”, *loc. cit.*, pp. 11 a 17.

24. En lo que respecta al requisito de que el litigio que se presenta ante el órgano jurisdiccional del Estado miembro debe poseer estrecha relación con un tercer Estado, es necesario recordar que el Reglamento no proporciona ninguna indicación sobre las circunstancias que permiten apreciar la existencia de tal estrecha relación. En este sentido, el Tribunal de Justicia, para dar indicios a tales efectos, parte de los criterios de competencia en los que se basa el propio Reglamento (apdo. 105), en particular el de la residencia habitual. Por consiguiente, el tribunal del foro -ante el que se ha presentado la demanda- deberá poder constatar la existencia de esa exigida estrecha relación cuando de las circunstancias del caso resulte que todas las partes en el litigio residen habitualmente en el territorio de ese tercer Estado -extremo que corresponde comprobar a dicho órgano jurisdiccional-, y ello con independencia de los criterios en los que se base la competencia en materia de obligaciones de alimentos en ese tercer Estado.

25. Las circunstancias para la verificación de la concurrencia de la condición de que el procedimiento en cuestión no pueda razonablemente introducirse o llevarse a cabo o resulte imposible ante los órganos jurisdiccionales del tercer Estado de que se trate a los efectos del art. 7 del Reglamento, también han sido precisadas por el Tribunal de Justicia.

Partiendo del carácter excepcional de este foro de necesidad, su recurso debe estar justificado, pero el Reglamento no proporciona indicaciones sobre las circunstancias en las que el Estado miembro foro, ante el que se haya presentado la demanda, podría constatar que el procedimiento en materia de obligaciones de alimentos no pueda razonablemente introducirse o llevarse a cabo ante los órganos jurisdiccionales del tercer Estado de que se trate. El Considerando 16 menciona la guerra civil como un ejemplo de esas situaciones en las que el *forum necessitatis* está justificado para evitar un supuesto de denegación de justicia, pero también “cuando no quepa esperar razonablemente que el solicitante introduzca o conduzca un procedimiento” en dicho tercer Estado. Sobre esta base, el Tribunal de Justicia resuelve que para que opere ese estado de necesidad no podrá exigir al solicitante de alimentos que acredite haber introducido o intentado introducir el procedimiento en cuestión ante los órganos jurisdiccionales del tercer Estado de que se trate con resultado negativo. Esta aproximación está justificada y resulta coherente con los objetivos que esta regla persigue: evitar supuestos de denegación de justicia, habida cuenta de los eventuales costes de litigación internacional en ese tercer Estado que pudiera configurarse como un verdadero obstáculo al acceso a la justicia en dicho Estado. Consiguientemente, basta con que el órgano jurisdiccional de un Estado miembro ante el que se haya presentado la demanda, a la vista de todos los elementos de hecho y de Derecho del asunto, esté en condiciones de asegurarse de que los obstáculos en el tercer Estado de que se trate sean tales que no sea razonable obligar al solicitante que reclame el crédito de alimentos ante los órganos jurisdiccionales de dicho tercer Estado (en particular debido a la aplicación de condiciones procesales discriminatorias o contrarias a las garantías fundamentales de un proceso justo)⁵⁹. Ahora bien, a este respecto, el órgano jurisdiccional no puede basarse únicamente en circunstancias generales relativas a las deficiencias del sistema judicial del tercer Estado sin analizar las consecuencias que dichas circunstancias podrían tener en el caso de autos.

26. La última aportación significativa en este ámbito de la sentencia es que por el Tribunal se introduce ciertos indicios para concretar cuándo se cumple el necesario criterio de conexión suficiente del Estado miembro del foro ante el que se haya presentado la demanda con el litigio, para poder fundamentar su competencia como foro de necesidad del art. 7, en particular, se refiere expresamente a la posibilidad de basarse en la nacionalidad de alguna de las partes.

III. Conclusiones

27. La reciente sentencia del Tribunal de Justicia (*C-501/20, MPA vs. LCDNMT*), conlleva significativas consecuencias prácticas en el ámbito del Derecho europeo de familia, aunque las valoraciones sobre esta resolución son muy distintas en función de las cuestiones resueltas por el Tribunal según el

⁵⁹ *Vid.* apdos. 110-113, de la Sentencia analizada.

sentido del fallo. Las dos cuestiones esenciales que se extraen de esta resolución, ambas vinculadas al sector de la competencia judicial internacional, establecer doctrina jurisprudencial de gran relevancia en el ámbito de litigación transfronteriza, pero por distintos motivos.

28. Partiendo de la premisa de que la residencia habitual es un criterio esencial en el ámbito del Derecho internacional privado europeo de familia, tanto como principal foro de competencia general para concretar las autoridades más próximas para conocer de las diferentes pretensiones cubiertas por los Reglamentos europeos de referencia -en materia matrimonial, de responsabilidad parental y obligaciones de alimentos-, como para establecer el ámbito de aplicación de tales instrumentos, su delimitación resulta determinante. Habida cuenta de que en ninguno de los principales Reglamentos europeos de referencia, a saber, el Reglamento Bruselas II *bis* (y lo mismo para su sucesor, el Reglamento 2019/1111) y el Reglamento 4/2009, contienen una definición propia del término, ni éste puede integrarse a través de ningún ordenamiento jurídico nacional (excluida remisión en este sentido), la delimitación autónoma e independiente de este concepto jurídico indeterminado por la jurisprudencia del TJUE se manifiesta esencial. A este respecto, el Tribunal de Justicia viene a consolidar y completar la doctrina ya marcada en sus anteriores resoluciones, manteniendo la necesidad de un análisis de las circunstancias concretas en cada caso para delimitar el criterio autónomo e independiente de “residencia habitual” en función del contexto y objetivos del instrumento aplicable, estableciendo condiciones específicas y factores determinantes para su localización según el ámbito material en el que se encaja la pretensión que se demanda.

29. La aportación realizada en esta ocasión por el Tribunal resulta particularmente significativa, por cuanto no existía doctrina previa para localizar las autoridades competentes en un caso como en el de referencia, en el que concurre la condición de agentes de la UE de los cónyuges y se plantea la eventual inmunidad diplomática y su posible incidencia -y en qué términos- en esta cuestión. Se analiza la pertinencia de la condición de agentes contractuales de la UE de los cónyuges desplazados físicamente a un tercer país en cumplimiento de las funciones asignadas por la Unión, como factor para tomar en consideración en la concreción de la residencia habitual de las partes (incluidos los hijos menores) como base de la competencia judicial de los Estados miembros.

La inmunidad jurisdiccional vinculada a la condición de diplomático -reconocida en el Derecho internacional público y normativa europea sobre inmunidades- no resulta aplicable a los cónyuges agentes contractuales de la UE (ni a sus hijos) que ejercitan sus funciones en un tercer Estado, aunque en dicho Estado tengan consideración de diplomáticos, tanto por su condición de agentes como por la naturaleza privada de las pretensiones que se instan; sin que esta condición de agentes de la UE sea un elemento determinante a efectos de la concreción de la residencia habitual en un Estado miembro en el sentido del art. 3, apartado 1 letra a) del Reglamento Bruselas II *bis* -en materia matrimonial- y del artículo 3, letras a) y b) del Reglamento 4/2009 -para las obligaciones de alimentos-. Este razonamiento se extendería también para la aplicación de la regla general de competencia del art. 8 del Reglamento Bruselas II *bis* -aunque no se plantea en la cuestión prejudicial y por tanto no se manifieste el Tribunal en este sentido-, para la concreción de los elementos determinantes para localizar el Estado miembro de residencia habitual de los menores que pueda conocer de las pretensiones en materia de responsabilidad parental -ya que la condición de agentes de los progenitores y su eventual incidencia en la determinación de la competencia en la delimitación de la residencia habitual del núcleo familiar, se extendería a los hijos menores con los que conviven-.

30. Resulta igualmente relevante la aportación específica de esta resolución en la delimitación del término “residencia habitual” a los efectos del art. 8 apartado 1 del Reglamento Bruselas II *bis* en materia de responsabilidad parental, y que resulta extensible para la aplicación del art. 7 del vigente Reglamento 2019/1111. Partiendo de que la residencia habitual del menor constituye asimismo un concepto autónomo en este sector material, el Tribunal de Justicia exige, al menos, la presencia física en un determinado Estado miembro que no tenga en absoluto carácter temporal u ocasional y que refleje cierta integración de dichos menores en un entorno social y familiar. A este respecto, el vínculo constituido por la nacionalidad de la madre (o de cualquiera de los progenitores) así como por su residencia, antes

de su matrimonio, en el Estado miembro al que pertenezca el tribunal ante el que se haya presentado una demanda en materia de responsabilidad parental, no es pertinente a efectos de establecer la competencia de dicho tribunal, mientras que es insuficiente por sí misma la circunstancia de que los menores hayan nacido en ese Estado miembro y tengan su nacionalidad.

31. Cuando las partes en el litigio tengan su residencia habitual en un tercer Estado fuera de la UE, de conformidad con los principios y factores determinantes para la localización de ese país de residencia según la doctrina analizada, esta circunstancia puede traer como consecuencia que según los instrumentos europeos aplicables no resulte competente ningún órgano jurisdiccional de Estado miembro, aunque las partes ostenten la nacionalidad de algún Estado de la Unión. A este respecto, la sentencia analizada resulta especialmente significativa en la medida que especifica las condiciones en las que un tribunal de un Estado miembro de la UE, ante el que se haya presentado la demanda, puede declarar su competencia para pronunciarse en materia de divorcio, responsabilidad parental y obligación de alimentos cuando, en principio, no resulte competente ningún otro Estado miembro, en función de las reglas de competencia residual o el *forum necessitatis* previstas en el instrumento europeo de referencia.

Si bien en ambas soluciones -competencia residual en materia matrimonial y foro de necesidad en obligaciones de alimentos- el Tribunal de Justicia atribuye a la nacionalidad la condición de elemento o factor relevante para la concreción del tribunal de Estado miembro competente, su incidencia en una y otra aproximación no tiene ni mucho menos la misma importancia ni consecuencias en la práctica transfronteriza.

32. La reciente doctrina del TJUE supone una interpretación y alcance de las reglas de competencia residual previstas en los artículos 7 y 14 del Reglamento Bruselas II *bis* (extensible a su sucesor) de manera distinta en función del ámbito material del que se trate. A este respecto, lo determinante para el Tribunal es el carácter -exclusivo o no- de las normas de competencia contenidas, lo que condiciona la aplicabilidad de las normas autónomas de los Estados miembros vinculados -en las materias cubiertas- para establecer su competencia respecto de los ciudadanos nacionales de la Unión pero residentes en terceros Estados. Según esta doctrina, la regla de competencia residual del artículo 14 del Reglamento, no obsta para que, a fin de determinar su propia competencia, el órgano jurisdiccional del Estado miembro que conoce del asunto aplique sus normas de Derecho interno, incluida, en su caso, la basada en la nacionalidad del menor, aun cuando el padre, el demandado, sea nacional de un Estado miembro distinto de aquel al que pertenece dicho órgano jurisdiccional; lo que no puede predicarse respecto del artículo 7 en materia matrimonial al condicionar su interpretación en relación con el artículo 6. Para el ámbito de las crisis matrimoniales, cuando el cónyuge demandado sea nacional de un Estado miembro -distinto del de la nacionalidad de la parte demandante- y no quepa establecer la competencia de ningún Estado miembro de conformidad con los arts. 3 a 5 del Reglamento, la competencia residual del art. 7 solo podrá utilizarse por el Estado miembro de nacionalidad del demandado para buscar en su Derecho nacional la competencia, con las significativas consecuencias prácticas que esto conlleva.

La solución a la que llega el Tribunal en la interpretación del art. 7 del Reglamento no resulta adecuada por varias razones. En primer lugar, abre la puerta de manera encubierta a un foro de nacionalidad del demandado, cuando se tenga residencia fuera de la Unión, que le permitirá ser demandado por crisis matrimonial ante los tribunales de su Estado miembro, si en su Ley nacional se recoge ese tipo de foro -exorbitante- de competencia. Pero por otro lado, esta solución restrictiva también plantea el problema de no poder evitar supuestos claudicantes -que es precisamente lo que justifica la previsión de normas de competencia residual-, en el caso de que la Ley nacional de ese Estado miembro de nacionalidad del demandado no recoja este tipo de foros de competencia judicial internacional (como sería el caso de España), debiendo declinar su competencia, habida cuenta que es ésta la única jurisdicción nacional la que puede acudir a la competencia residual del art. 7 del Reglamento, según la interpretación limitante del Tribunal de Justicia.

En definitiva, la aproximación del Tribunal de Justicia manifiesta significativas consecuencias prácticas con errores en su fundamento. Con esta interpretación restrictiva del art. 7 del Reglamento Bruselas II, se “penaliza” a los cónyuges en aquellos supuestos en los que siendo nacionales de distintos

Estados de la Unión residen en terceros Estados, al limitar el recurso de la competencia residual (art. 7), única y exclusivamente, a los tribunales del Estado miembro de la nacionalidad del cónyuge demandado, creando así un foro exorbitante escondido; pero además planteando posibles supuestos claudicantes, ante los que no cabría aducir un foro de necesidad para determinar la competencia -desde la perspectiva del Derecho europeo-. El razonamiento que hace el tribunal para llegar a este pronunciamiento en el fallo, en relación con el Reglamento Bruselas II *bis*, puede resultar controvertido y cabría replantearse si está o no justificado en relación con su sucesor, el nuevo Reglamento 2019/1111, habida cuenta de las consecuencias prácticas.

33. En materia de obligaciones de alimentos, en el Reglamento 4/2009 se prevé otro marco jurídico cuando, como consecuencia de que el conjunto de las partes del litigio no reside habitualmente en un Estado miembro, no pueda establecer su competencia ningún Estado miembro de conformidad con este instrumento europeo. En este contexto, el Estado miembro donde se haya presentado la demanda sobre alimentos ha de recurrir al foro de necesidad del Reglamento. El *forum necessitatis*, contenido en el artículo 7, condiciona su aplicación al cumplimiento acumulativo de cuatro condiciones. El Tribunal de Justicia realiza en la sentencia de referencia ciertas precisiones respecto de estos cuatro requisitos acumulativos para que el recurso excepcional a este foro, por estado de necesidad, evite supuestos reales de denegación de justicia. A este respecto, para aquellos casos en los que todas las partes en el litigio en materia de obligaciones de alimentos tengan su residencia fuera de los Estados miembros, la competencia basada en casos excepcionales en el *forum necessitatis* del artículo 7 puede declararse si ningún órgano jurisdiccional de un Estado miembro es competente con arreglo a los artículos 3 a 6 del Reglamento (lo que debe probarse por el Estado miembro ante el que se presenta la demanda), si el procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo en el tercer Estado con el cual el litigio tiene estrecha relación -como es el caso del Estado de residencia habitual del núcleo familiar-, o si resulta imposible en él, y si el litigio guarda una conexión suficiente con el Estado miembro del órgano jurisdiccional ante el que se haya presentado la demanda.

Para considerar, excepcionalmente, que un procedimiento no puede razonablemente introducirse o llevarse a cabo en un tercer Estado, establece el Tribunal de Justicia que es preciso que, tras un análisis pormenorizado de los elementos obrantes en autos, el acceso a la justicia en ese tercer Estado esté, de hecho o de Derecho, obstaculizado, en particular debido a la aplicación de condiciones procesales discriminatorias o contrarias a las garantías fundamentales de un proceso justo, sin que sea necesario que la parte que invoca el foro de necesidad deba haber introducido o intentado introducir dicho procedimiento ante los órganos jurisdiccionales de ese mismo tercer Estado con resultado negativo. Esta aproximación resulta muy pertinente, por cuanto que de esta forma se evitan aquellos supuestos en los que los altos costes de litigación internacional en ese tercer Estado resultan un verdadero obstáculo al derecho de acceso a la justicia. Asimismo, se introduce ciertos indicios por el Tribunal para concretar cuándo se cumple el necesario criterio de conexión suficiente del Estado miembro del foro con el litigio, como es la nacionalidad de una de las partes.